Die Aberkennung der Fähigkeit, Führer eines Betriebes zu sein und die Bestellung eines anderen Führers nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Stephan
Assessor aus Nürnberg.

Approbiert am 31. Januar 1938

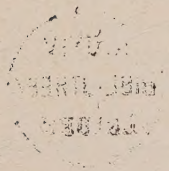
1938

Buchdruckerei Otto Mauser, Forchheim Ofr., Klosterstr. 16

Referent:
Universitätsprofessor Dr. Locher.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern aus Dankbarkeit!



Inhaltsverzeichnis.

I. Teil. Unternehmer und Betriebsführer . . 2
1. Der Unternehmer als Arbeitgeber . . . 2
2. Der Betrieb 4
3. Verhältnis zwischen „Betrieb" und „Unternehmen" innerhalb des Geltungsbereichs des AOG . . 5
4. Der Unternehmer als Betriebsführer nach dem AOG 8

II. Teil.
I. Die Aberkennung der Fähigkeit, Führer eines Betriebes zu sein 11
1. Die soziale Ehre und der Gedanke der Betriebsgemeinschaft als ihre Grundlage 11
2. Der Verstoß gegen die soziale Ehre . . . 11
3. Die ehrengerichtlich strafbaren Tatbestände des AOG für Unternehmer und Betriebsführer . . . 12
a) Der Mißbrauch der Machtstellung zur böswilligen Ausnutzung der Arbeitskraft und zur Kränkung der Ehre der Gefolgschaft nach § 36 Ziff. 1 AOG 12
aa) Die Kränkung der Ehre, Abgrenzung zur strafrechtlichen Beleidigung 13
bb) Ausnutzung der Arbeitskraft, Abgrenzung zu vermögensrechtlichen Ansprüchen . . 15
b) Die übrigen Tatbestände des § 36 . . . 16
aa) Hartnäckige Zuwiderhandlung gegen Anordnungen des Reichstreuhänders der Arbeit . 17
bb) Geheimnisverrat 17
4. Die Ehrengerichtsstrafe des § 38 Ziff. 4 . . 17
II. Die Wirkung des Ehrengerichtsurteils . . . 18
1. Allgemeines 18
2. Das Auseinanderklaffen der „Unternehmerfunktion" und der „Führerfunktion" als „systemwidrige Ausnahme" 20
3. Rückwirkung der Aberkennung auf die „Unternehmerfunktion" 22
a) Der Unternehmer als natürliche Person . . 22
b) Der Unternehmer als juristische Person . . 25
4. Rückwirkung der Aberkennung auf den Führerstellvertreter nach § 3/II AOG und den bestellten Führer nach § 3/III AOG 29

III. Beschränkungen der Aberkennung 30
1. Zeitliche Beschränkung der Aberkennung . . 31
2. Oertliche Begrenzung der Aberkennung . . 32
3. Sachliche Begrenzung der Aberkennung . . 34
4. Persönliche Begrenzung der Aberkennung . . 35
III. Teil. Der nach § 3/III AOG bestellte Führer des Betriebs 38
Vorbemerkung. Die Notwendigkeit der Bestellung bei führerlosem Betrieb 38
I. Die Zuständigkeit für die Bestellung . . . 39
1. Die Meinung, der Reichstreuhänder der Arbeit sei für die Bestellung allein zuständig 39
2. Die Meinung, der verurteilte Unternehmer sei für die Bestellung zuständig 40
3. Die Meinung, der Treuhänder der Arbeit sei für die Bestellung hilfsweise zuständig, wenn sich der Unternehmer weigert, einen anderen Führer des Betriebs zu bestellen 43
II. Zwangsmittel, um die gesetzwidrige Fortführung des Betriebes ohne bestellten Führer des Betriebs zu verhindern 45
III. Das Rechtsverhältnis zwischen dem verurteilten Unternehmer und dem bestellten Führer des Betriebs . 46
1. Die Rechtsnatur des Bestellungsaktes . . . 46
2. Die Bestellung als privatrechtlicher Vertrag . . 48
3. Die Abgrenzung der Stellung des Führers des Betriebs und der des Unternehmers zur Gefolgschaft . 50
a) Die Auslegung des § 2 AOG durch Siebert und Mansfeld 50
b) Die Begründung und Beendigung der Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Gefolgschaft 52
c) Die Ausübung des Direktionsrechtes . . 57
d) Festsetzung und Vereinbarung der Arbeitsbedingungen 58
IV. Der bestellte Führer des Betriebs als „Treuhänder der Arbeitskraft" im Betrieb 59

Verzeichnis des benützten Schrifttums.

Anraths: Abhängigkeit und Führungsrecht im Dienstverhältnis DAR 35/130.

Bertermann: Wer bestellt nach § 3/III AOG den Führer des Betriebs? in Arbeitsrecht und Volkstum 34 Sp. 185.

Bauer: Sinn und Bedeutung der sozialen Ehrengerichtsbarkeit, in Zeitschr. d. Akad. f. d. Recht 35/567.

Bodmann: Der stellvertretende Führer des Betriebs, in Arbeitsrecht und Volkstum 34, Sp. 220 ff.

Crone: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit nebst Parallelvorschriften und das bisherige Recht. München 1934

Denecke: Betrieb und Unternehmen im neuen Arbeitsrecht. DAR 1936/14 ff., 43 ff.

Dersch: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Berlin 1934.

„ Die arbeitsrechtliche Bedeutung der Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts zum abhängigen Arbeitsverhältnis. DAR 34/193 ff.

„ Rechtsnatur der Tarifordnung und der Betriebsordnung und ihre praktischen Auswirkungen. DAR 34/65 ff.

„ Werdendes Arbeitsrecht, Zeitschr. d. Akad. f. d. Recht 1935/368.

Dietz: Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Textausgabe mit Einleitung, Erläuterungen und Sachverzeichnis 4. Aufl. 1936 München Berlin.

„ Die Stellung des Führers des Betriebs und des Vertrauensrates. DAR 34/101 ff.

Doerner: Die Verletzungen der sozialen Ehre, DAR 1934/241.

Francke: Wie haftet der Führer des Betriebs dem Unternehmer? DAR 35/172.

Grussendorf: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934. Berlin 1934.

„ Wer bestellt den Führer des Betriebs, wenn dem Unternehmer die Führerfähigkeit aberkannt ist? in „Der Deutsche" 1934 Nr. 83.

v. Gierke Otto: Genossenschaftstheorie. 1887.

„ Deutsches Privatrecht. I 1917.

Herschel: Unternehmer und Führer des Betriebs. DJZ 34/653.

„ Soziale Ehre und Ehrenkränkung. DAR 36/11.

Herschel: Erbhof und Arbeitsrecht. DAR 34/312.

Hentschel: Die Begründung des Arbeitsverhältnisses. DAR 1936/299.

Hetzell: Die Vollstreckung ehrengerichtlicher Strafen. DAR 1937/213 ff.
Höhn: Die Vollstreckung und Folgen der sozialen Ehrenstrafen des AOG. ⟨Kölner Diss.⟩
Huber: Der Treuhänder der Arbeit, DJZ 1935/202.
„ Betriebsordnung und Tarifordnung in JW 1934/1017 ff.
„ Neue Grundbegriffe hoheitlichen Rechts. Junker-Dünnhaupt, Berlin 1935.
Hueck-Nipperdey-Dietz: Gesetz zur Ordnung der nation. Arbeit, 1. u. 2. Aufl.*⟩
Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts. 3./5. Aufl. Mannheim.
Jakobi Erwin: Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe in Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Ehrenberg, Leipzig 1927.
Jäger: Kommentar zur Konkursordnung. 6./7. Aufl. Berlin-Leipzig 1936.
Jans: Unternehmer und Führer des Betriebs. DJZ 1934/1058.
Joerges: Die Bestellung des Betriebsführers nach Aberkennung der Führereigenschaft des Unternehmers. Arbeitsrecht und Volkstum 1935 Sp. 88.
„ Führer und Gefolgschaft. 1934.
„ Arbeitsverhältnis, Betrieb, Unternehmer und Führer nach dem AOG in „Arbeitsrecht und Volkstum" 1934 Sp. 105 ff.
„ Führer und Gefolgschaft im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Arbeitsrecht u. Volkstum 1934 Sp. 41 ff.
Kaskel-Dersch: Arbeitsrecht 1932, Berlin 4. Aufl., bearb. v. H. Dersch
Kempermann: Kann die Aberkennung der Fähigkeit, Führer einer Betriebsgemeinschaft zu sein, zeitlich oder sachlich beschränkt werden? DAR 1936/175 ff.
Köhler: Die Rechtsstellung des Unternehmers und des Führers. ⟨Erlanger Dissertation⟩.
Köpf: Die Aberkennung der Betriebsführereigenschaft und ihre Durchführbarkeit. DAR 1936/308.
Kraegeloh: Die sozialen Ehrenstrafen und ihre Vollstreckung in NS Soz.Pol. 35/36 S. 10 ff.
„ Die sachlichen und zeitlichen Schranken der sozialen Ehrengerichtsbarkeit unter Berücksichtigung der bisherigen ehrengerichtlichen Rechtsprechung. DAR 35/151.
Krause: Die Arbeitsverfassung im neuen Reich. 2. Aufl. Stuttg. 1934.
„ Der Aufgabenkreis des Treuhänders der Arbeit und der sozialen Ehrengerichtsbarkeit. DAR 34/210.

* Bei Erscheinen der 2. Aufl. war vorliegende Arbeit in ihrem größten Teil bereits fertiggestellt. Jene wurde deshalb nur noch teilweise benützt. Im Text ist das jeweils durch ausdrücklichen Hinweis auf die 2. Auflage kenntlich gemacht.

Krause: Zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den sozialen Ehrengerichten und den Ehrengerichten des Handwerks DAR 35/145 ff.
Krönig: Führer und Unternehmer. DAR 35/64 ff.
v. d. Linden: Die Rechtsstellung des Unternehmers und die des Führers des Betriebs nach dem AOG. (Erlanger Diss.)
Mansfeld: Der Führer des Betriebs, in JW 1934/1004.
„ Vom Arbeitsvertrag, DAR 1936/118.
„ Vom Arbeitsverhältnis. Zeitschr. d. Akad. f. d. Recht 35/906.
Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause: Die Ordnung der nationalen Arbeit, Berlin, Leipzig, Mannheim, München 1934.
Molitor: Die Kündigung. Mannheim, Berlin, Leipzig 1935.
Mülleisert: Der Arbeitsvertrag ein Vertrag mit vorbetonter Gemeinschaftsfunktion. DAR 36/94.
Nikisch: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Leipzig 1934.
„ Der Anstellungsvertrag, in Jherings Jahrbuch für Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 44/1930.
Nipperdey: Das System des neuen Arbeitsrechts in Zeitschr. d. Akad. f. d. Recht, 35/911.
Potthoff: Unternehmer und Betriebsführer in Wirtschafts- und Sozialrecht 1934/23.
Reuß: Das Verhältnis zwischen dem nach § 3/III AOG ernannten Führer des Betriebs und dem Unternehmer. DAR 35/221 ff.
Rhode: Der „andere" Führer des Betriebs (§ 3/III AOG) DAR 35/154.
„ Arbeitsverhältnis – Arbeitsvertrag, Zeitschr. d. Akad. f. d. Recht 1937/203.
Richter: Fragen zur „Rechtsnatur" der Betriebsordnung, DAR 35/312
Siebert: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit. Hamburg 1935.
„ Arbeitsverhältnis und Vertrag. Zeitschr. d. Akad. f. d. Recht 36/93.
„ Die Entwicklung der Lehre vom Arbeitsverhältnis im Jahr 1936, DAR 1937 S. 14 ff.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 10. neubearbeitete Aufl. 1936 München, Berlin, Leipzig.
Arbeitsrechtssammlung. Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und des Reichsehrengerichtshofs = REGH, der Landesarbeitsgerichte, Arbeitsgerichte und sozialen Ehrengerichte (früher Bensh. Samml.) herausgegeben von Dersch, Hueck, Mansfeld, Mende, Nipperdey, Volkmar.

Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit hat in das Arbeitsrecht den Begriff des Führers des Betriebs eingeführt, der dem alten Recht vollkommen unbekannt war. Das AOG unterscheidet in seinen §§ 1—3 drei Arten von Betriebsführern, die in der Wissenschaft „geborene", „gekorene" und „bestellte" Führer genannt werden.[1] Geborener Führer ist nach § 1 AOG der Unternehmer. Gekorener ist sein Stellvertreter, wenn er selbst den Betrieb nicht leitet (§ 3/II), bestellter Führer ist die Person, die den Betrieb leitet, wenn dem sonst dazu Berechtigten die Fähigkeit dazu abgesprochen ist (§ 3/III AOG).

Gegenstand dieser Abhandlung sollen die Probleme sein, die sich ergeben, wenn die Fähigkeit, Führer des Betriebes zu sein, durch Urteil des Sozialen Ehrengerichts aberkannt wird und ein anderer Führer zu bestellen ist. Zu ihrer Darstellung ist zunächst notwendig, die systematische Eingliederung des Begriffs „Führer des Betriebes" in das Arbeitsrecht zu erkennen. Wir gehen dabei zweckmäßig vom Unternehmer aus.

---

1) Vgl. Nikisch, AOG, S. 19/20.

Erster Teil.

Unternehmer und Betriebsführer.

1. Der Unternehmer als Arbeitgeber.

Der Begriff des Unternehmers gehört nicht erst dem AOG an. Er ist in erster Linie ein Begriff des Wirtschaftsrechtes, er spielt jedoch wie wir im Folgenden sehen werden, auch im Arbeitsrecht eine wichtige Rolle. Bekannt und allgemein anerkannt ist Jakobis Bestimmung,[2] wonach als Unternehmer ein Rechtssubjekt zu gelten hat, das durch Vereinigung von persönlichen, sachlichen und immateriellen Mitteln ein bestimmtes wirtschaftliches Bedürfnis befriedigen will. Die Vereinigung dieser Mittel gelingt nur, wenn der Unternehmer über sie Herrschaftsbefugnis hat. Die weitestgreifende, typischste, wenn auch nicht allein mögliche ist bei den sächlichen Mitteln das Eigentum.[3] Es gibt dem Inhaber im Rahmen der Gesetze das Recht, mit einer Sache nach seinem Belieben zu verfahren und Dritte von jeder Einwirkung auf sie auszuschließen (§ 903 BGB). Dieser Rechtssatz, der den Grundsatz des Privateigentums ausspricht, ist ein Eckstein unseres Wirtschafts- und Sozialsystems. Er verkörpert auch den Gedanken der Privatwirtschaft.

„Persönliches Mittel" in obigem Sinn ist die menschliche Arbeitskraft. Der Unternehmer hat unmittelbar und ursprünglich nur die Verfügungsmacht über seine eigene. Es gibt innerhalb des Privatrechts — abgesehen von familienrechtlichen Verhältnissen — keine allgemeine kraft Gesetzes bestehende Möglichkeit, über fremde Arbeitskraft einseitig zu verfügen. Diese Befugnis kann sich der Unternehmer nur durch Willenseinigung mit dem Träger fremder Arbeitskraft verschaffen. Früher betrachtete man diese Einigung ausschließlich unter dem Gesichtspunkt eines schuldrechtlichen Vertrages (Arbeitsvertrag), nach dem der Arbeitnehmer eine bestimmte Arbeitsleistung gegen Zahlung eines bestimmten Entgelts zu erbringen hatte. Lange Zeit stand der Inhalt dieses Vertrags unter der Vorstellung der formalen Gleichberechtigung zwischen

2) Vgl. Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, S. 20.

3) Andere Möglichkeiten: Verfügungsbefugnis auf Grund Pachtverhältnisses u. dgl.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmer wurde sogar als „Unternehmer" betrachtet, der seine „Ware" „Arbeitskraft" einem anderen gegen Zahlung eines „Kaufpreises" zur Verfügung stelle.

Wie Nikisch [4] nachgewiesen hat, bedeutet aber die Bereitstellung der Arbeitskraft für fremde Bedürfnisse notwendig die persönliche Unterordnung des Arbeitnehmers unter den Arbeitgeber und damit die Begründung eines Herrschaftsverhältnisses. Dasselbe spricht Kaskel-Dersch [5] aus, wenn er sagt, der Arbeitsvertrag erfordere begriffsnotwendig die Unselbständigkeit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber. Unselbständigkeit bedeutet Abhängigkeit und damit Unterordnung unter den Willen eines anderen. Die Einschränkung,[6] die persönliche Abhängigkeit bedeute nicht die vollständige Unterwerfung der Person als solcher, ist durch § 2 AOG überholt. Darauf wird später noch zurückzukommen sein.

Gegenstand des Arbeitsvertrages sollte auf Seiten des Arbeitnehmers also die Bereitstellung seiner Arbeitskraft auf Zeit im Rahmen des Gesetzes und der Vereinbarungen sein[7]. Der Arbeitnehmer ist dabei nicht in der Lage, selbst Arbeitszeit, Arbeitsmaß, Arbeitsort usw. im einzelnen zu bestimmen. Er unterliegt darin im Rahmen der gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen den Anweisungen des Arbeitgebers. Für diesen entstand nach der alten Lehre ein Befehls- oder Direktionsrecht, das ihn zu einseitigen Anweisungen an die Arbeitnehmer berechtigte und dadurch ein Herrschaftsverhältnis über sie begründete. Es ist hier noch nicht der Ort, auf die Unterscheidung Nikisch'[8] zwischen Befehlsrecht — das er nur bei dem von ihm so genannten „Anstellungsvertrag" als vorhanden ansieht, — und Direktionsrecht, — das auch bei normalen Dienst- und Werkverträgen ohne Herrschaftsverhältnis vorhanden sei, — einzugehen[8]. Wesentlich für unsere Betrachtung ist allein die Tatsache, daß durch das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft als solcher, im Gegensatz zur Verpflichtung zur Leistung einzelner Dienste, ein einseitiges Anweisungsrecht des Arbeitgebers entstand, das die Arbeitnehmer in persönliche Abhängigkeit bei der Ausführung der Arbeit brachte.

4) Der Anstellungsvertrag in Jherings Jahrb. Bd. 44/1930, S. 28/29.
5) Vgl. Arbeitsrecht 1932. S. 140.
6) a.a. O.,S. 23.
7) Vgl. Nikisch, a.a.O. S. 48.
8) a.a.O., S. 11/12.
8a) Darüber vgl. unter III./2.

Dieses Anweisungs- bzw. Befehlsrecht umfaßte die Summe der einseitigen Befugnisse, die dem Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer gegenüber zustanden. Sie bestand aus der Anweisungsbefugnis, soweit sie zur zweckentsprechenden Verwendung der fremden Arbeitskraft im Einzelfall notwendig war, aus Vorschriften, die die Eingliederung in den Betrieb bezweckten, endlich aus Vorschriften, die der Unternehmer als Verfügungsberechtigter über die Betriebsmittel (Werkzeuge usw.), also aus sachenrechtlichen Befugnissen geben konnte. Die letzteren bewegen sich außerhalb des Kreises des eigentlichen Arbeitsrechts. Auf sie wird hier nicht näher eingegangen. Sie haben ihre Grundlage im Sachenrecht, nicht im Dienstrecht.

2. Der Betrieb.

Somit brachte das Befehlsrecht dem Unternehmer die Verfügungsgewalt über die fremde Arbeitskraft, deren er zur Vereinigung der „persönlichen mit den sachlichen und immateriellen Mitteln" bedurfte. Es wird dort wirksam, wo die angewiesene Arbeit geleistet wird: im Betrieb. Dessen Wesen bezeichnet Jakobi[9] als „die Vereinigung persönlicher, sachlicher und immaterieller Mittel zur fortgesetzten Erledigung eines von einem Rechtssubjekt gesetzten technischen Zweckes".

Schon vor Einführung des AOG hatte man erkannt, daß dem Begriff Betrieb seine entscheidende Note dadurch aufgedrückt wurde, daß in ihm die Unternehmerinitiative und die abhängige Arbeit als die entscheidenden Bestandteile zur Erreichung des Betriebszweckes zusammenarbeiten mußten. So kam es, daß man dieses gemeinsame Wirken menschlicher Tätigkeit bei der Umreißung des Betriebsbegriffes mehr in den Vordergrund stellte. Das Reichsgericht hat in einer bekannten Entscheidung[10] ausgesprochen, daß ein Betrieb nicht „das Geschäftsunternehmen in seinem äußeren Bestand sei, nicht die Betriebsanlage, auch nicht die in Tätigkeit befindlichen Maschinen oder die Gesamtheit der Betriebsmittel. Betrieb sei vielmehr ein lebendiger Organismus, innerhalb dessen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu einer Produktionsgemeinschaft zusammengeschlossen seien und in gemeinsamer Tätigkeit demselben Ziele, der Erreichung eines möglichst hohen Standes und möglichster Wirtschaftlichkeit der Betriebsleistungen zustrebten". An dieser Begriffs-

9) a.a.O., S. 4 ff.
10) RGZ 113/89 (106/275).

bestimmung ist vielleicht auszusetzen, daß sie die materiellen und realen Grundlagen vollkommen außer Acht läßt, auf denen sich die gemeinsame Tätigkeit der Arbeitnehmer und Arbeitgeber aufbauen muß. Es gehört zu einem Betrieb notwendig auch ein äußerer Bestand, ein Rahmen, in dem sich der lebendige Organismus regen und bewegen kann[11]). Entscheidend ist aber der Gedanke, den das Reichsgericht hier ausgedrückt hat, daß das Erste in jedem Betrieb die menschliche Tätigkeit, das Zusammenwirken der „persönlichen Mittel" des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer ist. Das AOG hat diesen Gedanken dann in seinem § 1 übernommen und die gemeinsame Arbeit des Unternehmers als Betriebsführer und der Angestellten und Arbeiter als Gefolgschaft im Betrieb zur Förderung der Betriebszwecke und zum gemeinen Nutzen von Volk und Staat als entscheidend herausgestellt. Denecke[12]) bestimmt den Betriebsbegriff im neuen Arbeitsrecht daher als „organisatorisch-technische Einheit, in der die Gemeinschaft des Unternehmers und der Arbeitsgehilfen mit den den Betrieb gewidmeten sächlichen und immateriellen Mitteln einen arbeitstechnischen Zweck verfolgt". Sachlich bezieht diese Formulierung lediglich den Unternehmer in die Betriebsgemeinschaft ein und vermeidet die formelle Gleichstellung der menschlichen Arbeitskraft mit den übrigen Betriebsmitteln. Im übrigen hat die oben angeführte Begriffsbestimmung Jakobis aber auch für das neue Gesetz Geltung[13]).

3. Verhältnis zwischen „Betrieb" und „Unternehmen" innerhalb des Geltungsbereichs des AOG.

Der Unterschied zwischen „Unternehmen" und „Betrieb" ergibt sich aus der Verschiedenheit ihres Zweckes. Das Unternehmen befriedigt ein wirtschaftliches Bedürfnis, der Betrieb ein technisches,[13a]) der Zweck eines Fabrikbetriebes ist die Herstellung von Waren, nicht die Erzielung eines Gewinns. Nun sucht man einen technischen Zweck wie den geschilderten nicht um seiner selbst willen zu erreichen. Die Herstellung irgendwelcher Waren z. B. hat einen anderen Sinn als gerade den der Herstellung. Sie beruht auf einem der unmittelbaren Tätigkeit zugrundeliegenden Beweggrund.

11) Vgl. Mansfeld-Pohl-Krause, § 4, Anm. 2.

12) DAR, 1936/14 ff.

13) Vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz, § 4, Anm. 2; Mansfeld-Pohl-Krause, § 4, Anm. 1; a. M. Dersch, § 4, Anm. 2.

13a) Betrieb bedeutet die organisatorische, Unternehmen die wirtschaftliche Seite der Tätigkeit des Betriebsinhabers. Vgl. Kaskel-Dersch S. 328, Jakobi a.a.O. S. 36.

Diese Beweggründe können verschiedener Art sein. Sie müssen nicht gerade darauf gerichtet sein, einen materiellen Gewinn zu erzielen. Das AOG spricht im § 1 aber aus, daß im Betrieb der Unternehmer mit der Gefolgschaft zusammenarbeite. Der Unternehmer verfolgt, wie schon dargelegt, einen wirtschaftlichen Zweck. Wenn Hueck-Nipperdey-Dietz[14] sagen, es sei nicht erforderlich für den Begriff des Unternehmers, daß er einen „wirtschaftlichen, einen Erwerbszweck" verfolge, so ist das nicht eindeutig. Richtig ist, daß Ziel eines Unternehmens nicht der materielle Gewinn sein muß, sondern daß auch ein aus Menschenfreundlichkeit mit persönlichen Opfern erstrebtes Ziel, wie etwa die Versorgung armer Kranker in einem Krankenhaus den Begriff des Unternehmens nicht ausschließt. Das bedeutet aber nicht, daß damit die wirtschaftliche Zielrichtung eines solchen Unternehmens verneint wäre. Sie besteht garnicht in der Gewinnabsicht, sondern darin, den Bestand seines Trägers innerhalb der Volkswirtschaft zu erhalten. Auch ein ausschließlich caritatives Unternehmen kann nicht darauf verzichten, sein Dasein durch Ausgleichung seiner Bilanz zu sichern. Wenn das nicht durch den unmittelbaren Gewinn aus seiner Tätigkeit geschieht, so müssen eben Spenden u. dgl. eintreten. Zumindest diese Sicherung des Daseins innerhalb der Volkswirtschaft, gleichviel auf welche Art, ist der „wirtschaftliche Zweck" eines Unternehmens. Das Rechtssubjekt, das ihn verfolgt, ist „Unternehmer".

Ihn meint § 1 AOG, wenn er sagt, im Betrieb arbeite der Unternehmer und die Gefolgschaft zusammen. Diese Vorschrift verbindet somit den technischen Zweck des Betriebs mit dem wirtschaftlichen des Unternehmens und sieht nur dort einen Betrieb, wo ein Unternehmer fremde abhängige Arbeitskraft in Anspruch nimmt. Diese Regelung gibt den Schlüssel für alle hier weiter zu verfolgenden Fragen. Aus ihr ergibt sich, daß die beiden Begriffe Unternehmen und Betrieb zwar gedanklich zu trennen sind, daß aber innerhalb des AOG ein Betrieb nicht ohne ein Unternehmen und ein Unternehmen nicht ohne einen Betrieb denkbar ist. Die Anschauung Kaskel-Dersch,[15] ein Unternehmen brauche kein Betrieb zu sein und der Betrieb kein Unternehmen, beruht einmal auf der Anschauung, ein Unternehmer, der seine technischen Ziele durch Vereinigung materieller und immaterieller Mittel allein mit der eigenen Arbeitskraft erstrebe und nicht wenigstens einen ab-

14) § 4, Anm. 3.
15) a.a.O., S. 328.

hängigen Arbeitnehmer beschäftige, sei nicht Betriebsinhaber.[16] Ein solcher „Unternehmer" und sein „Betrieb" fallen jedenfalls nicht unter das AOG, weil dieses eine Betriebsgemeinschaft voraussetzt.[16a] Ob der Begriff des Betriebs außerhalb des AOG aber das Element der fremden abhängigen Arbeitskraft entbehren kann, ist hier nicht zu untersuchen.

Für den umgekehrten Fall, daß ein Betrieb ohne Unternehmen möglich sei, ist im alten Recht als Beispiel meist eine Behördenverwaltung oder der Haushalt angeführt worden.[17] Von letzterem war aber schon früher streitig, ob er als Betrieb anzusehen sei, weil er sich ausschließlich auf den Verbrauch beschränke.[18]

Durch § 4/I AOG sind auch die Privatverwaltungen den Betrieben gleichgestellt, sie sind aber ebenfalls dem AOG nur unterworfen, wenn sie von einem Unternehmer in den Dienst seiner Tätigkeit gestellt werden. Nur dann findet § 1 AOG auf sie Anwendung. Sie bilden also keine Ausnahme von der Regel, sondern eine Bestätigung.

Die öffentlichen Behördenverwaltungen, die zweifellos nicht im Dienst eines Unternehmens stehen, sind samt den Betrieben, die einem in öffentlicher Hand befindlichen Unternehmen gehören, durch § 63 AOG aus der Regelung des AOG im 1. bis 5. Abschnitt ausgenommen und durch ein eigenes Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben geregelt. Es werden also auch die Fälle nicht vom AOG erfaßt, in denen ein Betrieb ohne Unternehmen möglich wäre.

Als Ergebnis dieser Untersuchung können wir festhalten: Das AOG hat die von der Wissenschaft herausgearbeiteten rechtlichen Begriffe des Unternehmens und des Betriebes unangetastet gelassen, es hat sie aber für die von ihm geregelten Fälle in ein wechselseitiges Abhängigkeitsverhältnis gebracht, in dem das Vorhandensein des Betriebs auch das Vorhandensein eines Unternehmens begriffsnotwendig bedingt. Das heißt nicht, daß sich Betrieb und Unternehmen decken. Das Unternehmen bedient sich des Endzweckes des Betriebes — des technischen Erfolgs — wiederum als Mittel zur Erreichung seines weiter gesetzten wirtschaftlichen Endzweckes.

16) Kaskel-Dersch, S. 327/328.

16a) Hueck-Nipperdey-Dietz, § 4, Anm. 2. Mansfeld-Pohl-Krause, § 4, Anm. 2.

17) Kaskel-Dersch, S. 328.

18) Hueck-Nipperdey I, 78, bejahend Jakobi a.a.O.

Es ist insoweit dem Betrieb gegenüber der Oberbegriff.[19] Dieser ist ihm eingeordnet, geht aber nicht in ihm auf.

4. Der Unternehmer als Betriebsführer nach dem AOG.

Entsprechend der gewonnenen Einsichten kann nun für den Inhaber eines Unternehmens gesagt werden, daß er seinen wirtschaftlichen Zweck nur erreichen kann, wenn er Herr seines Betriebes nud der dort schaffenden menschlichen Arbeitskraft ist. Für das alte Arbeitsrecht war das selbstverständlich, da ein Unternehmer, der die Herrschaft über seinen Betrieb verloren, über das Unternehmen aber behalten hatte, nicht denkbar war.

Im neuen Recht sind zwar die Begriffe Unternehmen und Betrieb in ihrer rechtswissenschaftlichen Fassung unberührt geblieben. Der Betrieb ist aber in den Mittelpunkt des neuen Arbeitsrechts gestellt worden[20]. Er ist der Ort, an welchem das höchste Volksgut, die Arbeitskraft der Volksgenossen, der Wirtschaft nutzbar gemacht wird. Der neue Staat kann es dabei nicht dulden, daß dieses Gut etwa von einzelnen für eigennützige Zwecke mißbraucht werde. Entsprechend dem Grundsatz, daß — wie alles — so auch die Wirtschaft dem Volke zu dienen habe, muß er darauf sehen, daß die in ihr wirkenden Kräfte in Einklang mit dem Volksganzen gebracht werden. Um diesen Zweck zu erreichen, mußten den Privatunternehmern dort, wo sie über die Arbeitskraft der Volksgenossen verfügen können, entsprechende Pflichten auferlegt werden. Das ist der Betrieb. Nach § 2/II hat der Unternehmer für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen, nach § 35 AOG hat er sich dem gemeinen Wohl unterzuordnen. In Erfüllung der Einzelpflichten, die sich aus diesen umfassenden Grundsätzen ergeben, kann der Unternehmer nicht in seinem eigenen wirtschaftlichen Interesse handeln, wenn dieses dem allgemeinen Interesse zuwiderläuft. Er hat somit in seinem Wirkungsbereich als Sachwalter der Gesamtheit im Rahmen des AOG dieser notfalls eigene Interessen zu opfern. Diese Pflicht trifft ihn nach dem ACG nur, soweit es sich um die Nutzbarmachung fremder Arbeitskraft handelt. Sie trifft ihn als den Inhaber seines Betriebes unabhängig von der Art seines Unternehmens. Zur Erfüllung dieser Pflicht — und nur dazu — verleiht ihm § 2/II die Macht, in allen Betriebsangelegenheiten, soweit im AOG geregelt, der Gefolgschaft gegenüber allein zu entscheiden.

19) Mansfeld-Pohl-Krause, § 4, Anm. 2.
20) Mansfeld-Pohl-Krause, § 4, Anm. 1.

Das AOG stellt damit das heraus, was an dem Verhältnis zwischen Betriebsinhaber und Gefolgschaft das sachlich Entscheidende schon nach altem Recht war: die sachliche Ueberordnung des Betriebsinhabers über die Gefolgschaft und sein Anordnungsrecht. (Vgl. oben S. 3). Die Lehre von der formellen Gleichberechtigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist durch § 2 AOG beseitigt. Er bringt klar das Ueberordnungsverhältnis zum Ausdruck. Auf das Verhältnis zwischen dem Anordnungsrecht nach § 2 AOG und seiner gesetzlichen Grundlage und dem Befehlsrecht (Direktionsrecht) und seiner vertraglichen Grundlage ist später im Zusammenhang mit der Erörterung des Rechtsverhältnisses zwischen Arbeiter und Arbeitsempfänger einzugehen. Die Streitfrage, ob § 2 AOG unmittelbar auf das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einwirke, oder sich nur „in die vertraglichen Beziehungen ergieße"[21], ist hier bedeutungslos, weil das Ueberordnungsverhältnis nach beiden Meinungen eintreten muß. Das AOG hat dem Unternehmer seine umfassende Machtfülle aber nicht dazu gegeben, daß er sie in seinem eigenen Interesse schrankenlos nutzbar mache, sondern nur insoweit, als er sie auch zur Erfüllung der ihm im AOG auferlegten Pflichten gebraucht. Bei ihrer ordnungsgemäßen Erfüllung ist ein eigennütziger, den Belangen der Gesamtheit zuwiderlaufender Mißbrauch fremder Arbeitskraft ausgeschlossen.

Wir sehen, der Unternehmer hat bei der Verfügung über fremde Arbeitskraft durch das AOG eine neue selbständige Stellung im Betrieb mit weitreichenden Rechten und Pflichten erhalten. In dieser Stellung bezeichnet ihn das Gesetz als den „Führer des Betriebs". Durch ihn soll die abhängige menschliche Arbeitskraft in den Dienst und zum Wohl des Ganzen eingeordnet werden. Sein Begriff war im alten Arbeitsrecht entsprechend seiner Beziehungslosigkeit zu den Belangen der Gesamtheit nicht vorhanden.

Ueber die Erfüllung der „Betriebsführeraufgaben" wacht der Staat, entsprechend seiner Stellung als Repräsentant des Volksganzen. Er kann sie durch entsprechende Mittel erzwingen. Das schärfste derselben ist die Möglichkeit, dem Unternehmer die Fähigkeit zur Leistung seines Betriebes abzuerkennen (§ 38 Ziff. 4 AOG.) Sie hat im neuen Arbeitsrecht nicht nur moralisch, sondern auch systematisch eine große Bedeutung erlangt. Für den „abgesetzten" Betriebsführer ist nach § 3/III AOG ein anderer Betriebsführer zu bestellen, der alle Rechte eines „Führers des Betriebes" (FdB) hat,

21) Vgl. Mansfeld, DAR 1936/118 ff.

die das AOG verleiht, und der seine Entscheidungen unabhängig von den Weisungen des Unternehmers trifft[22]. Näheres darüber wird später erst auszuführen sein.

Die Folgerungen, die sich aus dieser Regelung des Gesetzes für die Stellung des Unternehmers und des neuen FdB ergeben, sind im Folgenden zu behandeln.

---

22) Dersch, § 3 Anm. 2; Mansfeld-Pohl, § 3 Anm. 4 b; Hueck-Nipperdey-Dietz, § 3 Anm. 30; Crone S. 24.

Zweiter Teil.

I. Die Aberkennung der Fähigkeit, Führer eines Betriebes zu sein.

1. Die soziale Ehre und der Gedanke der Betriebsgemeinschaft als ihre Grundlage.

Es ist zunächst auf die Gründe einzugehen, die eine Aberkennung der Führerbefähigung herbeiführen können. Das AOG hat die ganzen Vorschriften darüber im 4. Abschnitt unter dem Titel der sozialen Ehrengerichtsbarkeit behandelt. Es ist nicht Aufgabe dieser Abhandlung, deren Fragen hier aufzurollen. Sie bringt nur die Grundgedanken, die zum Verständnis des Folgenden notwendig sind. Das AOG geht von der gemeinsamen Arbeit des Unternehmers und der Gefolgschaft im Betrieb aus. Es will damit den früheren Gedankenkreis überwinden, als ob das Arbeitsverhältnis sich im Tauschen schuldrechtlicher Leistungen (Arbeitskraft gegen Geld) erschöpfe. Die gemeinschaftliche Arbeit im Betrieb soll Unternehmer und Arbeiter im Sinn der persönlichen Verbundenheit aller im Betrieb Schaffenden zu einer Schicksalsgemeinschaft zusammenfassen. Diese Gemeinschaft der im Betrieb Schaffenden und die aus ihrer inneren Ordnung fließenden Rechte und Pflichten will das AOG in seinem 4. Abschnitt schützen. Es betrachtet sie aber nicht als Rechtspflichten eines schuldrechtlichen Vertrages im alten Sinn. Nicht die Arbeitskraft und der Lohn als solche stehen im Mittelpunkt des AOG, sondern die Persönlichkeit. Die Rechte und Pflichten aus der Gemeinschaft sollen auf ethischer Grundlage aus der persönlichen ehrenhaften Gesinnung des einzelnen erwachsen. Die Betätigung dieser ehrenhaften Gesinnung im Betrieb macht „sozial ehrbar." Sie ist das Wesen der sozialen Ehre.

2. Der Verstoß gegen die soziale Ehre.

Ein Verstoß gegen diese ehrenhafte Gesinnung ist ein Verstoß gegen die Grundlage der inneren Ordnung der Gemeinschaft „Betrieb." Der Täter nimmt sich durch ihn seine eigene soziale Ehre.[23] Der Sinn der Ehrenstrafe im Ehrengerichtsverfahren ist

23) Vgl. Herschel, DAR 1936/11 ff.: „Die soziale Ehre ist kein subjektives Recht, sondern ein Pflichtenkreis, gegen den nur der Träger selbst verstoßen kann."

es, das Fehlen dieser Grundvoraussetzung für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit des Führers mit der Gefolgschaft festzustellen und die notwendigen Folgerungen zu ziehen.

3. Die ehrengerichtlich strafbaren Tatbestände des AOG für Unternehmer und Betriebsführer.

Das Ehrengerichtsverfahren will die vertrauensvolle Zusammenarbeit in der Betriebsgemeinschaft gewährleisten, es verfolgt damit einen ganz besonderen, nur ihm eigentümlichen Zweck, der von dem des gewöhnlichen Arbeitsgerichtsprozesses und des Strafprozesses verschieden ist. Es kennt daher auch eigene Tatbestände und eigene Strafen. Aus der Verschiedenheit des Zweckes ergibt sich auch die Abgrenzung der Zuständigkeit der sozialen Ehrengerichtsbarkeit gegenüber dem allgemeinen Strafrecht und dem Arbeitsrecht. Die Ehrengerichtsbarkeit ist Disziplinargerichtsbarkeit.[24] Wir haben es hier nur mit den Verletzungen der sozialen Pflichten zu tun, die den Unternehmer bezw. Betriebsführer angehen. Das Gesetz hat diejenigen Tatbestände, die es als groben Verstoß gegen die innere Ordnung der Gemeinschaft ansieht und die allein strafbar sind, in § 36 AOG erschöpfend aufgezählt.[25] Mit der gegenteiligen Meinung[26] brauchen wir uns hier nicht auseinanderzusetzen, weil sie zur Erklärung der Grundlagen der sozialen Ehrengerichtsbarkeit nichts beitragen kann.

a) Mißbrauch der Machtstellung zur böswilligen Ausnützung der Arbeitskraft und zur Kränkung der Ehre der Gefolgschaft nach § 36 Ziff. 1.

Die wichtigste, ja beinahe ausschließliche Rolle spielt in der Reihe der durch § 36 erfaßten Tatbestände — soweit FdB in Frage stehen — Ziffer 1. Darnach sollen Unternehmer, FdB und Aufsichtspersonen ehrengerichtlich bestraft werden, die ihre Machtstellung zur böswilligen Ausnützung der Arbeitskraft oder zur Kränkung der Ehre der Gefolgschaft mißbrauchen. Dieser Satz stellt das Gegengewicht zu der Machtbefugnis dar, die § 2 AOG dem FdB gegeben hat. Er ergibt sich aus der oben dargestellten Anschauung, daß der Unternehmer als FdB Sachwalter über die Arbeitskraft der

24) Vgl. Mansfeld-Pohl-Krause, Vorbem. zu § 35, Anm. 2.

25) Mansfeld-Pohl-Krause, Vorbem. 1 zu § 35; Hueck-Nipperdey-Dietz, § 35 Anm. 5; Grussendorf, S. 50; REGH in Arb.R. S. 25/87; Crone, S. 74.

26) Huber in JW 1934/1018; Kraegeloh, ArbR und Volkstum 1934/274.

von ihm abhängigen Volksgenossen ist. Das Ueber- und Unterordnungsverhältnis zwischen Unternehmer und Gefolgschaft konnte und sollte — entsprechend seiner sachlichen Bedingtheit — im neuen Arbeitsrecht nicht aufgehoben werden. Es ist als Wesenselement der abhängigen Arbeit im Gegenteil plastisch hervorgehoben worden. (§ 2 AOG). Es besteht aber nur in sachlicher, nicht in menschlicher Hinsicht. Daß das vom Unternehmer nicht übersehen werde und er aus seinem Ueberordnungsverhältnis heraus seine Arbeiter nicht als Menschen 2. Klasse ansehe, deren Arbeitskraft er aus eigennützigen Gründen ausnützen und deren Ehre er mißachten könne, soll § 36 Ziff. 1 AOG verhindern. Durch das Wörtchen „böswillig" will er gerade die asoziale Gesinnung treffen, aus der heraus allein Verstöße gegen die soziale Ehre möglich sind.[27] REGH[28] bestimmt diese Böswilligkeit zutreffend dahin: Sie liegt vor, „wenn ein Betriebsführer aus einseitigem Herrenstandpunkt heraus, in eigennütziger und hartherziger Weise die Verpflichtungen gegenüber der Gefolgschaft mißachtet."

Der Tatbestand des § 36 Ziff. 1 ist auch in der bisherigen Praxis der sozialen Ehrengerichte am häufigsten vorgekommen. Um seine Bedeutung in der Praxis und insbesondere die Abgrenzung der sozialen Ehrengerichtsbarkeit gegenüber anderen Rechtsgebieten hervorzuheben, sei sein Inhalt hier an Hand einiger Entscheidungen sozialer Ehrengerichte noch näher erläutert.

aa) Die Kränkung der Ehre, Abgrenzung zur strafrechtlichen Beleidigung.

Die soziale Ehrengerichtsbarkeit kann als Disziplinargerichtsbarkeit in Tätigkeit treten unabhängig davon, ob die Tat nach allgemeinem Strafrecht verfolgt wird oder überhaupt strafbar ist. Das zeigt sich anschaulich an zwei hier beispielsweise anzuführenden Urteilen sozialer Ehrengerichte, die geschlechtliche Beziehungen des Betriebsführers zu seinen weiblichen Gefolgschaftsangehörigen zum Gegenstande hatten. REGH[29] hat die ehrengerichtliche Verurteilung eines Betriebsführers wegen geschlechtlicher Verfehlungen aufgehoben, obwohl nach dem zugrundeliegenden Tatbestand zweifellos eine Beleidigung im Sinn des Strafgesetzbuches vorlag. Der Angeklagte hatte aber nach den getroffenenen Feststellungen der

27) Vgl. Arb R.S. Bd. 23/II 138, 24/II 142; 25/II 55.
28) Arb.R.S. Bd. 23/I 75.
29) Arb.R.S. Bd. 24/I 209.

Angestellten gegenüber „nicht aus dem Empfinden heraus gehandelt, daß er es ihr gegenüber als einer Gefolgschaftsangehörigen mit der Achtung der Ehre nicht so genau zu nehmen habe." Das Urteil geht darauf hinaus, daß der Angeklagte die Tat zwar im Betrieb begangen habe, aber ohne Beziehung zur Betriebsgemeinschaft und der in ihr begründeten Ueberordnung. ‹Mißbrauch der Machtstellung›. Wie das Urteil feststellt, hat er aus rein sinnlichem Empfinden gehandelt und seine Anträge eingestellt, als er merkte, daß sie nicht auf Gegenliebe stießen. Eine auf asozialer Gesinnung beruhende Mißachtung der Ehre konnte das Gericht daher nicht feststellen. Hier tritt deutlich der Zweck der Ehrengerichtsbarkeit hervor, nur die auf der sozialen Ehre aufgebaute innere Ordnung des Betriebes zu schützen, nicht aber die persönliche Ehre des Einzelnen.[30]› Das letztere ist Sache der allgemeinen Strafgerichtsbarkeit. In einem Fall wie dem hier beschriebenen ist es natürlich schwierig, tatbestandlich festzustellen, inwieweit das Gefühl der Ueberordnung nicht doch zur Tat des Angeklagten beigetragen hat. Rein rechtlich ist die Entscheidung sicher zu billigen. Beachtenswert sind in diesem Zusammenhang die Anmerkungen Mansfelds zu Arb. R. S. Bd. 24 I 209 und zu der im Anschluß zu besprechenden Entscheidung.[31]› Er vertritt dort den Standpunkt, ein FdB, der sich in geschlechtlichen Dingen seiner Gefolgschaft gegenüber nicht ganz besondere Zurückhaltung auferlege, gefährde dadurch allein schon die vertrauensvolle Zusammenarbeit im Betrieb, ohne daß eine kriminell strafbare Handlung vorzuliegen brauche. Es wird eben darauf ankommen, ob die Gefolgschaft derartige Dinge nur im Gefühl ihrer Unterordnung hinnimmt, und das ist eine Tatbestandsfrage. Zweifellos gibt es aber Taten, die ganz allgemein nur ein abhängiger Arbeiter hinnehmen wird und die sich jemand anders nicht gefallen lassen würde. Auch sie gefährden ohne Rücksicht auf ihre kriminelle Strafbarkeit die Zusammenarbeit im Betrieb. Aufschlußreich ist hier das Urteil eines anderen sozialen Ehrengerichts:[32]› Ein FdB hatte dort mit einem 18jährigen weiblichen Gefolgschaftsmitglied mit dessen Einverständnis geschlechtlich verkehrt. Eine strafbare Handlung im Sinn des Strafgesetzbuches lag zweifellos nicht vor. Trotzdem besteht die Verurteilung auf Grund des festgestellten Tatbestandes zu Recht. Der FdB hatte die sich aus seiner Ueberordnung ergebende Fürsorgepflicht

30› Vgl. Herschel, a.a.O.
31› Arb.R.S. Bd. 23/II 53.
32› a.a.O.

für ein jugendliches Gefolgschaftsmitglied verletzt, das noch in besonderem Maß der Aufsicht und Erziehung bedurfte. Darin liegt eine Störung des Vertrauens, das ihm die Gefolgschaft allgemein entgegenbringen muß, soll sie im Geist des AOG mit ihm zusammenarbeiten. Hier zeigt sich gerade von der entgegengesetzten Seite, daß nur die innere Ordnung der Gemeinschaft Gegenstand des Schutzes des § 36 Ziff. 1 ist. Mansfeld[33] bemerkt zu dieser Entscheidung, daß die Betriebsgemeinschaft als der engere Kreis der Volksgemeinschaft ein Interesse an der ehrenhaften Behandlung aller Gefolgschaftsangehörigen habe[33a]. Die Einwilligung des Einzelnen in die Verletzung seiner persönlichen Ehre kann daher die ehrengerichtliche Strafbarkeit einer Tat, die aus dem Gefühl der Nichtachtung der Gefolgschaft überhaupt, also aus asozialer Gesinnung geschehen ist, nicht aufheben.

bb) Ausnutzung der Arbeitskraft, Abgrenzung von vermögensrechtlichen Ansprüchen.

Besonders wirkt sich die asoziale Gesinnung eines Unternehmers neben der Mißachtung der Ehre in der böswilligen Ausnutzung der Arbeitskraft aus. Sie kann — um Beispiele der Rechtsprechung anzuführen, — vorliegen bei untertariflicher Bezahlung[34], Ueberstundenarbeit[35], Zuweisung gefährlicher Arbeit, ohne die vorgeschriebenen oder gebotenen Sicherungsmaßnahmen zu treffen[36]. Zuweisung von Arbeit an Gefolgschaftsmitglieder, insbesondere Jugendliche, die diese normalerweise nicht leisten können[37], Zuweisung schlechter Wohnung und Kost[38]. Sie besteht eben in der Verletzung der allgemeinen Fürsorgepflicht des § 2 AOG. Alle diese und ähnliche Tatbestände haben auch zivilrechtliche und strafrechtliche Folgen, insbesondere die untertarifliche Bezahlung den Anspruch auf Nachzahlung der Differenz, die Ueberstundenarbeit den Anspruch auf Zahlung des Ueberstundentarifs, die Ueberschreitung der Höchstarbeitszeit Bestrafung wegen Vergehens gegen die Arbeitszeitverordnung usw. Eine ehrengerichtliche Bestrafung ziehen sie aber wiederum nur nach sich, wenn durch sie die Ordnung der Gemeinschaft gestört wird, wenn sie böswillig geschehen.

33) Anm. zu Arb.R.S. Bd. 23/II 53.
33a) Vgl. auch REGH Arb.R.S. Bd. 24/I 125.
34) Arb.R.S. Bd. 23/II 138; 24/I 43.
35) Arb R.S. Bd. 23/II 248.
36) Arb.R.S. Bd. 27/II 26.
37) Arb.R.S. Bd. 26/II 185.
38) Arb.R.S. Bd. 23/II 63; 24/II 113; 25/II 182.

Es liegen zahlreiche Entscheidungen der sozialen Ehrengerichte und des Reichsehrengerichtshofs vor, wonach z. B. untertarifliche Bezahlung, Nichtzahlung des Lohnes und der Sozialversicherungsbeiträge überhaupt, die ihren Grund in schlechten wirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens hat, ehrengerichtlich nur strafbar ist, wenn dadurch die Folgen der schlechten wirtschaftlichen Lage allein auf die Gefolgschaft abgeschoben werden. So sind Betriebsführer z. B. bestraft worden, die die Geschäftseinkünfte leichtsinnig für sich vertaten, ohne Lohn zu bezahlen,[39] die es leichtfertig dem eigenen Vorteil zuliebe völlig dem Zufall überließen, ob die Gefolgschaft jemals zu ihrem Lohn kam[40]. Ebenso ist ein Betriebsführer ehrengerichtlich bestraft worden[41], der in schwieriger Lage die berechtigten Ansprüche der Gefolgschaft nicht befriedigte, seine eigene Lebenshaltung aber nicht einschränkte.

Umgekehrt sehen es die Ehrengerichte mit Recht nicht als böswillige Ausnützung der Arbeitskraft an, wenn ein Unternehmer, der in seinem Betrieb selbst mit großem Fleiß mitarbeitet und unter eigenen Entbehrungen seiner Gefolgschaft die Arbeitsstätte zu erhalten sucht, eine gewisse Zeit mit dem Lohn im Rückstand bleibt.[42] Er würde nur böswillig handeln, wenn er rücksichtslos auf den eigenen Vorteil bedacht wäre. Denselben Gedanken spricht der REGH nochmals dahin aus,[43] daß nur eigennützige Gründe eine böswillige Ausnützung der Arbeitskraft darstellen, nicht aber fachliches Unvermögen, das sich den wirtschaftlichen Verhältnissen nicht gewachsen zeigt. Auch hier ist, wie wir sehen, nur der Verstoß gegen die Gesetze der Gemeinschaft im Betrieb, insbesondere die Mißachtung des Gedankens der Schicksalsgemeinschaft ehrengerichtlich strafbar. Asoziale Gesinnung kann sich nicht nur in den hier beispielhaft besprochenen Fällen kundtun, sie tritt auch bei der Behandlung von Lehrlingen und in hundert anderen Tatbeständen zutage, auf die hier im einzelnen nicht weiter einzugehen ist.

b) Die übrigen Tatbestände des § 36 AOG.

Die übrigen Tatbestände des § 36 sind, soweit auf Betriebsführer anwendbar, von untergeordneter Bedeutung. Aber auch sie sind lediglich berufen, die vertrauensvolle gemeinschaftliche Arbeit im Betrieb zu schützen.

39) Vgl. Arb.R.S. Bd. 23/II 50.
40) Vgl. Arb.R.S. Bd. 26/I 67.
41) Vgl. Arb.R.S. Bd. 26/II 197.
42) REGH in Arb.R.S. Bd. 24/I 277.
43) REGH in Arb.R.S. Bd. 25/I 159.

aa) Hartnäckige Zuwiderhandlung gegen Anordnungen des Reichstreuhänders der Arbeit.

§ 36 Ziff. 3 schafft einen ehrengerichtlich strafbaren Tatbestand bei hartnäckigen Zuwiderhandlungen gegen die Anordnungen des Reichstreuhänders der Arbeit. Der Betrieb als Gemeinschaft der Schaffenden gesehen steht nicht für sich da, er ist eingeordnet in die weitere Gemeinschaft des Volkes. Wer sich dieser Einordnung, wie sie in schriftlichen Weisungen des Treuhänders zum Ausdruck kommt, hartnäckig widersetzt, handelt nicht nur wider die weitere Gemeinschaft, sondern auch gegen die engere. Deshalb ist diese Zuwiderhandlung nach § 22 AOG allgemein und durch § 36 Ziff. 3 AOG auch disziplinär mit Strafe bedroht. Daß in letzterer Hinsicht ein erweiterter Tatbestand insofern vorliegt, als nicht nur die Zuwiderhandlung gegen die allgemeinen Anordnungen, sondern auch gegen die speziell auf einen Betrieb bezüglichen [44]) zu ahnden sind, bestätigt nur den oben herausgestellten Grundsatz, daß die ehrengerichtliche Strafe nur die innere Ordnung des betreffenden Betriebes schützen soll. Das hartnäckige Widerstreben gegen derartige Anordnungen ist aus sich heraus unsozial. Es braucht deshalb bei ihm das Tatbestandsmerkmal der Böswilligkeit gar nicht besonders festgestellt zu werden.[45])

bb) Geheimnisverrat. § 36 Ziff. 4 AOG.

Der Tatbestand des § 36 Ziff. 4 gibt noch eine Sonderbestimmung zum Schutz der im Vertrauensrat bekannt gewordenen vertraulichen Nachrichten über den Betrieb und die Betriebsangehörigen. Ueber ihn ist eine weitere Ausführung nicht veranlaßt. Er dient innerhalb seines Bereichs ebenfalls dem Schutz des Betriebs und der Betriebsgemeinschaft.

4. Die Ehrengerichtsstrafe des § 38 Ziff. 4.

§ 38 AOG kennt im Kampf gegen unsoziales Verhalten des Betriebsführers bezw. Unternehmers vier Strafen, von denen die höhere immer die niedrigere ausschließt. Eine Strafhäufung wie im allgemeinen Strafrecht ist hier ausgeschlossen. Diese im Schrifttum [46]) wohl lückenlos vertretene Ansicht wird auch vom REGH[47])

44) Vgl. Mansfeld-Pohl-Krause, Anm. 3c zu § 36.
45) Vgl. Arb.R.S. Bd. 29/I 183.
46) Vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz, § 38 Anm. 3; Mansfeld, Anm. zu Arb. R.S. Bd. 25/I 172.
47) Arb.R.S. Bd. 25/I 172.

geteilt. Die Maßnahmen der sozialen Ehrengerichtsbarkeit gegen die asoziale Gesinnung des FdB sind Ehrenstrafen. Sie stellen der Außenwelt gegenüber fest, daß der Täter gegen seine eigene soziale Ehre gehandelt hat. Sie haben in § 38 Ziff. 1 bis 3 neben dem allgemeinen Ziel jeder öffentlichen Strafe der Vergeltung und Abschreckung gleichberechtigt einen ausgesprochenen Erziehungszweck.[48]) Sie sollen nicht nur aus reiner Furcht vor neuer, vielleicht verschärfter Strafe vor neuen Verfehlungen abschrecken, sondern den Angeklagten davon überzeugen, daß er nicht richtig gehandelt hat, sodaß er asoziale Handlungen aus dieser Einsicht heraus künftig unterläßt. Nur wenn dieser Erziehungszweck durch die Strafe erreicht werden kann, ist es möglich, daß der Verurteilte in Zukunft noch an der Spitze eines Betriebes bleiben kann. Nur wenn er zu einem sozialen Menschen erzogen ist, kann ihm die Gefolgschaft ihr Vertrauen wiederschenken. Dann hat er auch seine soziale Ehre wiedererlangt.

In diesem System macht § 38 Ziff. 4 eine Ausnahme. Er dient nach seinem Inhalt weniger der Erziehung des betreffenden Betriebsführers, als der Sicherstellung der Gefolgschaft vor hoffnungslos asozialen Elementen. Nach der Rechtsprechung des REGH[49]) soll die Aberkennung der Fähigkeit, Führer eines Betriebs zu sein, als schwerste Strafe gegen Betriebsführer nur verhängt werden, „wenn nach den gesamten Tatumständen der Verstoß gegen das Gesetz so schwer war, daß eine mildere Strafe nicht in Frage kommen kann oder eine solche unsoziale Grundeinstellung zutage getreten ist, daß angenommen werden muß, daß andere Strafen nicht ausreichen, um den FdB zur richtigen sozialen Gesinnung zu erziehen."

II. Die Wirkung des Ehrengerichtsurteils.

1. Allgemeines.

Die Aberkennung der Fähigkeit Führer eines Betriebs zu sein, bedeutet den Verlust der Fähigkeit, die Obliegenheiten auszuüben, die das AOG dem Führer anweist. Das sind gerade diejenigen, die ihn berechtigen, über fremde menschliche Arbeitskraft nach § 2

48) Arb.R.S. Bd. 23/II 127
„ „ 23/I 74
„ „ 25/II 182
„ „ 26/I 314
49) Arb.R.S. Bd. 29/I 54
„ „ 24/I 43, vgl. auch 23/II 127, 26/I 314.

AOG zu verfügen. Damit ist schon der Rahmen für die Wirkung des Urteils gegeben. Es beschränkt sich auf Rechtsverhältnisse, auf die das AOG anzuwenden ist, wo also ein „Unternehmer" einen „Betrieb" im Sinn der schon gegebenen Begriffsbestimmung mit fremder Arbeitskraft führt. Nicht berührt werden durch die Verurteilung also der bürgerlich rechtliche Dienstvertrag ohne Abhängigkeitsverhältnis[50], der „Betrieb", in dem allein die eigene Arbeitskraft tätig wird, und die Beschäftigung von Angestellten im Haushalt. Ebenso erfaßt die Verurteilung nach § 38 Ziff. 4 AOG nicht das Beschäftigungsverhältnis minderjähriger Kinder oder der Ehefrau, die kraft Gesetzes im Betrieb ihrer Eltern bzw. des Ehemannes zu Dienstleistungen verpflichtet sind. §§ 1617 u. 1356/II BGB.

Nach nahezu einstimmiger Ansicht[51] verliert der verurteilte Unternehmer mit der Rechtskraft des ehrengerichtlichen Urteils seine Betriebsführerstellung von selbst. Eine besondere Vollstreckung des Urteils findet also nicht statt. Es ist ein Gestaltungsurteil. In den Fällen zeitlicher Aberkennung (vgl. unten unter III./1.) wird man entsprechend annehmen müssen, daß mit dem Ablauf der im Urteil festgesetzten Zeit ebenso selbsttätig die Führerbefähigung wieder auflebt. Ein nach § 3/III AOG für den verurteilten Unternehmer bestellter Führer wird in diesem Fall von diesem Zeitpunkt an automatisch als Führerstellvertreter nach § 3/II AOG zu gelten haben.

Der Verurteilte steht zu seinen Gefolgschaftsangehörigen nicht mehr in einem Ueberordnungsverhältnis. Er kann keinerlei Führerentscheidungen mehr treffen, auch nicht mittelbar. Er kann in keinem Unternehmerbeirat mitwirken und ist in allen Fragen ausgeschaltet, in denen die 17. Durchführungsverordnung zum AOG dem Unternehmer Einflußmöglichkeiten einräumt[52]. Er scheidet eo ipso aus dem Vertrauensrat seines Betriebes aus. Er kann nicht mehr Beisitzer eines Ehrengerichtes sein (§ 5 3. DV zum AOG).

Auf die Einzelheiten der Frage, welche Rechte der „abgesetzte" Führer der Gefolgschaft gegenüber als Unternehmer noch einnimmt, ist im Zusammenhang mit der Stellung des neuen Betriebsführers einzugehen. Hier soll zunächst nur die grundsätzliche Stellung betrachtet werden, die der abgesetzte Betriebsführer im Rahmen des Rechtssystems einnimmt.

50) Vgl. Kaskel-Dersch S. 140 und Nikisch in Iherings Jahrb. S. 6 ff.

51) Hueck-Nipperdey-Dietz Anm. 17 zu § 38 und Anm. 1 zu § 54; Mansfeld-Pohl-Krause § 54, Anm. 2c; Dersch, § 3 Anm. 2c; Grussendorf S. 58. Dagegen Bertermann, Arb.R. u. Volkst. 1934 Sp. 185.

52) Hueck-Nipperdey-Dietz, 2. Aufl., Anm. 30 zu § 3/III AOG.

2. Das Auseinanderklaffen der „Unternehmerfunktion" und der „Führerfunktion" als „systemwidrige" Ausnahme.

Geborener Führer des Betriebes ist nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes der Unternehmer. Er hat diese Stellung kraft seiner Rolle als Herrschaftsberechtigter über die Betriebsmittel und als Vertragspartner der mit der Gefolgschaft abgeschlossenen Einstellungsverträge. Mansfeld-Pohl-Krause ⟨Anm. 2 zu § 1⟩ ⟨Mansfeld in JW 1934/1004⟩ sagen demgemäß: „Führer und Unternehmer sind eins, die Unternehmerstellung schließt das Führeramt in sich ein." „Alle Rechte und Pflichten des Führers des Betriebes sind Rechte und Pflichten des Unternehmers". Diese Auffassung lehnt die grundsätzliche „Trennung der Gewalten" in eine Unternehmerfunktion" und eine „Betriebsführerfunktion" ab. Sie kann für sich geltend machen, daß jeder Unternehmer, der fremde Arbeitskraft in Anspruch nimmt, allein durch den Betrieb seines Unternehmens zwangsläufig Führer seines Betriebes wird und daß er sich von dieser Eigenschaft auch selbst nicht anders befreien kann als durch Aufgabe seines Unternehmens oder doch wenigstens durch Abgabe der Betriebsleitung[53]⟩. Das Amt des Betriebsführers erscheint hier als unentbehrlicher Wesensteil der Unternehmereigenschaft.

Dem steht eine andere Meinung gegenüber, die im Betriebsführeramt in jedem Fall — auch wenn es sich im Einzelfall in der Person des Unternehmers vereinigt — eine selbständige Funktion sieht, die von der anderen, wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmers grundsätzlich geschieden werden müsse. Diese Auffassung kommt zu einer grundsätzlichen Aufspaltung der Rechtsstellung des Betriebsinhabers in eine öffentlich-rechtliche Seite — dargestellt durch das Führeramt — und eine privatrechtliche — dargestellt durch die bürgerlich-rechtlichen Beziehungen zu den Betriebsmitteln und zu den Dienstverpflichteten[54]⟩. Im Normalfall des § 1 AOG soll Betriebsführereigenschaft und Unternehmerfunktion in der Person des Betriebsinhabers in Realunion[55]⟩ bzw. Personalunion[56]⟩ vereinigt sein. Ausgangspunkt ist bei dieser Auffassung der Gedanke, daß das Führertum dem Unternehmer nur zustehe, wenn er über seine bürgerlich-rechtliche Stellung als Verfügungs- und Dienstberechtigter

53⟩ Ob letzteres die Theorie der Trennung begründet vgl. S 21.
54⟩ Bodmann i. Arbr. u. Volkst. 1934 Sp. 220.
55⟩ Herschel in DJZ 1934/654.
56⟩ Joerges, Arb.R. u. Volkst. 1934, Sp. 111.

hinaus im Betrieb an den Betriebszwecken tätig mitarbeite[57]). Für diese Meinung ist das „Amt" des Betriebsführers nicht aus dem Begriff des Unternehmers ableitbar, sondern allein aus der Stellung im Betrieb[58]). Ob der Aufgabenkreis des Betriebsführers die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Amtes rechtfertigt, kann hier noch unerörtert bleiben. Im übrigen gründet sich diese Meinung auf die Bestimmung des § 3/II AOG, wonach der Unternehmer, der in seinem Betrieb nicht selbst tätig ist, einen Führerstellvertreter zu bestellen hat. Sie übersieht aber m. E. dabei, daß der FdB, der für diesen Fall zu bestellen ist, nicht Führer aus eigenem Recht, sondern aus dem des Unternehmers ist. § 2/II 2 sagt ausdrücklich, dieser Führer sei Stellvertreter des Unternehmers. Auf ihn finden demgemäß die allgemeinen Vorschriften über die Stellvertretung Anwendung[59]). Der stellvertretende Führer übt demgemäß in seiner Stellung lediglich Rechte des Unternehmers aus[60]). Es tritt hier die bereits oben besprochene Verknüpfung zwischen Unternehmen und Betrieb zutage, wonach der Betrieb im Rahmen des AOG niemals Selbstzweck ist, da seine technischen Endzwecke wiederum als Mittel zum Endzweck seines Unternehmens dienen. Es müssen dementsprechend die Ziele des Betriebes vom Inhaber des Unternehmens — wenn auch nur im Innenverhältnis zum Führerstellvertreter — bestimmt werden. Die Führerfunktion des Führerstellvertreters ist auch bei Annahme der sog. „verdrängenden" Stellvertretung[61]) nicht eine selbständige Funktion, sondern eben ein Ausfluß der Stellvertretung. Auch die Unterscheidung von „potentiellem" und „aktuellem" Führertum, wie sie Hueck-Nipperdey-Dietz[62]) machen, kann dem m. E. nicht entgegengehalten werden. Auch hier ist das aktuelle Führertum des Stellvertreters Ausfluß des potentiellen des Unternehmers. Das ergibt sich ja daraus, daß dieser jenen ohne weiteres abberufen und ihm — im Gegensatz zum bestellten Führer — auch interne Weisungen geben kann. Die grundsätzliche Trennung der Unternehmerfunktion und der Führerfunktion ist daher m. E. nicht anzunehmen[63]).

57) Hueck-Nipperdey-Dietz, Anm. 7 zu § 1. Potthoff in Wi. u.Soz.Recht 1934/21, Dietz DAR 1934/102, Grussendorf, S. 15.

58) Joerges i. Führer u. Gefolgschaft, S. 6/7: Oberhaupt des Betriebes ist der Unternehmer als Führer, nicht als Eigentümer der Betriebsmittel.

59) Mansfeld-Pohl-Krause, § 1 Anm. 2.

60) Nikisch AOG, S. 19/20. Dersch Anm. 3b zu § 3.

61) Hueck-Nipperdey-Dietz, § 3 Anm. 10.

62) Hueck-Nipperdey-Dietz, § 3 Anm. 10.

63) Vgl. auch Mansfeld in JW 34/1005. Krönig, DAR 35/64.

Nun geht es bei dem Streit um die „Trennung der Gewalten" im Schrifttum in erster Linie um die Begriffsbestimmung des „geborenen" Betriebsführers. Für den Fall des § 3/III AOG ist er scheinbar bedeutungslos, weil auch Mansfeld [64] zugibt, daß dort in der Tat Führertum und Unternehmerstellung auseinanderklaffen. Für unsere Untersuchung über die systematische Stellung des verurteilten bezw. des neubestellten Führers des Betriebs ist trotzdem die Parteinahme für eine der beiden Theorien bedeutungsvoll. Geht man von der Trennungstheorie aus, so erscheint der Fall des § 3/III AOG gewiß auch als ausnahmsweises Auseinanderfallen zweier Funktionen, die aber auch im Normalfall bereits selbständig nebeneinander bestanden haben. Es besteht dann kein Hindernis, die Regelung des § 3/III selbst als Beweis für diese Theorie heranzuziehen.[65] Es ist auch verlockend, den allgemeinen Begriff des FdB von der Seite her zu umreißen, die ihn ohne Verbindung mit anderen, scheinbar überflüssigen Begriffen zeigen. Dieses Streben ist aus dem Bedürfnis heraus verständlich, einen rechtlichen Begriff durch Zurückführung auf seine einfachste Grundform deutlich zu machen. Bei der Anwendung dieses Grundsatzes auf das Verhältnis vom geborenen zum bestellten Führer darf aber nicht übersehen werden, daß § 3/III nach dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes als Ausnahmefall gedacht ist. Siebert bezeichnet ihn als „pathologischen" Fall.[66] Nun gibt das wohl auch die Trennungstheorie zu.[67] Allein bei ihr ist die Ausnahme nur nach der Erfahrung des täglichen Lebens ausgerichtet, daß eben in den weitaus meisten Fällen beide Funktionen vereinigt sind. Es ist eine rein zahlenmäßig bedingte Ausnahme. Bejaht man dagegen die Ansicht Mansfelds, so erscheint das Auseinanderklaffen der beiden Funktionen in § 3/III AOG nicht als zahlenmäßig bedingter Ausnahmefall, sondern als „systemwidriger" und damit echter.[68]

3. Rückwirkung der Aberkennung auf die „Unternehmerfunktion."

a) Der Unternehmer als natürliche Person.

Haben wir nun den § 3/III als Ausnahme in dem sonstigen System des AOG kennengelernt, so sind nun die Folgerungen zu

64) Vgl. Mansfeld-Pohl-Krause, Anm. 2 zu § 1.
65) So in der Tat Jans in DJZ 1934/1058.
66) Vgl. Siebert, Arbeitsverhältnis, S. 57.
67) Vgl. Herschel, DJZ 1934/654.
68) Vgl. Siebert, a.a.O.

ziehen, die sich daraus für die Stellung des Betriebsinhabers ergeben, dem die Führerbefähigung aberkannt ist. Hier wird in der Literatur [69]) einhellig die Meinung vertreten, diese Aberkennung berühre die wirtschaftliche Betätigung, also die Unternehmerfunktion, nicht. Sie nehme dem Unternehmer nur die Möglichkeit, seinen Betrieb im Sinn der von Jakobi gebrauchten Begriffsbestimmung zu leiten. Erinnern wir uns hier wiederum der Verknüpfung der Begriffe Unternehmen und Betrieb im AOG! Der Unternehmer muß als Führer des Betriebes über die dort wirkende fremde Arbeitskraft verfügen können, um sie als „persönliche Mittel" mit seinen materiellen und immateriellen zur Erreichung eines wirtschaftlichen Zweckes vereinigen zu können. Wird ihm nun die Verfügungsmacht über die menschliche Arbeitskraft durch die Aberkennung der Fähigkeit FdB zu sein, genommen, so kann er auch seine Unternehmerfunktion innerhalb des AOG nicht mehr selbst ausüben, weil ihm dazu ein begriffsnotwendiges Mittel nicht mehr zur eigenen Verfügung steht. Man hat aus diesem Grund von einer „Abmeierung" des Unternehmers gesprochen (§ 15 Reichserbh. Ges.). Allein eine wirkliche Abmeierung, die nach dem Erbhofgesetz ja eine Entziehung des Eigentums bedeutet, kommt für den Unternehmer nach dem AOG nicht in Frage. Er behält zweifellos sein volles bürgerliches-rechtliches Eigentum bezw. sonstiges Recht an den sächlichen und immateriellen Betriebsmitteln. Er kann das Unternehmen und den Betrieb im ganzen verkaufen, verpachten, ihm einen anderen wirtschaftlichen bezw. technischen Zweck geben usw. Er kann den Betrieb nur nicht mehr selbst insoweit nutzen, als er dazu fremde abhängige Arbeitskräfte braucht. Soweit er seinen „Betrieb" ohne fremde Hilfe führt, hätte die Aberkennung der Führereigenschaft überhaupt keinen Einfluß, weil das AOG nur die Fälle erfaßt, in denen fremde Arbeitskräfte beschäftigt werden. (Vgl. oben S. 6/7). An der Verfügung über die eigene Arbeitskraft hindert es niemals.

Es kann aber auch nicht von einer Beschränkung der Nutznießung oder dergl. gesprochen werden. Wenn der Betrieb durch einen anderen Betriebsführer weitergeführt wird, so greift dieser in die wirtschaftlichen Beziehungen direkt überhaupt nicht ein; er führt den Betrieb für die Rechnung des Unternehmers.

---

69) Ders.l.: Ges. zur Ordnung der nat. Arbeit. Anm. 31 zu § 3; Mansfeld-Pohl-Krause, Anm. 2 zu § 1; 4 b zu § 3.

Die Wirkung der „Absetzung" des geborenen Führers und die Bestellung eines anderen Führers besteht darin, daß die Führung des Unternehmens und des Betriebes, äußerlich betrachtet, nicht mehr dem gleichen Willen unterliegt. Nun ist, wie wir schon zu zeigen versuchten, das Unternehmen mit seinen Betrieben im AOG begrifflich so verbunden, daß die Führung des Unternehmens zugleich die Führung des Betriebes bedeutet und umgekehrt Im Normalfall entscheidet die Führung des Unternehmens auch über die Führung des Betriebes. Im Ausnahmefall des § 3/III kann sie das kraft Gesetzes nicht mehr, weil der bestellte Führer vom Unternehmerwillen innerhalb seines Aufgabenkreises unabhängig ist. Da zwei verschiedene Willensrichtungen im Betrieb und Unternehmen insoweit nicht möglich sind, als die Art und Weise, wie der Zweck des Unternehmens erreicht wird von der Art und Weise abhängt, auf die der Zweck des Betriebes erreicht wird, muß hier die Führung des Betriebes die des Unternehmens bestimmen. Dem Unternehmer steht wohl die freie wirtschaftliche Entscheidungsbefugnis über Betrieb und Unternehmen zu. Das bedeutet, daß er dem Betrieb den technischen Zweck, den Umfang geben kann, den er will, daß es ihm freisteht, welche Aufträge er annehmen will und welche nicht. Er kann seine „materiellen und immateriellen Mittel" an sich nutzen wie er will. Soweit er dazu aber fremde menschliche Arbeitskraft braucht, muß er sich mit dem bestellten FdB einigen. Soweit sich daraus Rückwirkungen auf die wirtschaftliche Ausnutzung seiner Produktionsmittel ergeben, ist er diesen eben unterworfen. Am sinnfälligsten zeigt sich das bei der Festsetzung des Lohnes, die durch die vom Führer zu erlassende Betriebsordnung geschehen kann ⟨§ 27/III AOG⟩. Die Lohnhöhe ist mitbestimmend für die Preise. Die Preisgestaltung als wirtschaftliches Moment gehört in den Bereich des Unternehmers. Die Lohnfestsetzung durch die Betriebsordnung gehört zur Zuständigkeit des Führers des Betriebes. Klaffen Unternehmerfunktion und Führertum auseinander, so wird die Wirtschaftlichkeit des Unternehmens, seine Konkurrenzfähigkeit usw. entscheidend vom Betrieb her mitbestimmt. Grundsätzlich die gleichen Verhältnisse ergeben sich bei den übrigen Befugnissen, die nach dem Gesetz nur dem Führer des Betriebes zustehen. Ueber sie wird später bei der Besprechung der Rechtsstellung des bestellten Führers zu reden sein. Dort wird auch darüber zu sprechen sein, wem das Direktionsrecht zusteht. Ebenso muß wegen des Rechtsverhältnisses des verurteilten Unter-

nehmers zu seinen Arbeitern auf später verwiesen werden. Der Satz, daß der wirtschaftliche Bereich des Unternehmers durch die Einsetzung eines anderen FdB unberührt bleibe, ist in dieser Allgemeinheit also nicht richtig. Man kann vielmehr mit Grussendorf,[70] Joerges,[71] Dersch[72] sagen, daß der FdB nach § 3/III durch die selbstverantwortliche Leitung des Betriebes mittelbar auch in die Unternehmerfunktion eingreift, wenn auch nicht im Sinn einer sachenrechtlichen Eigentumsbeschränkung. Diese Einwirkung geht aber auch im Fall des § 3/III nur soweit, als die Art und Weise der zu leistenden Arbeit — das „Wie" — in Frage steht. Nicht Aufgabe des Betriebsführers ist die Entscheidung, welchen technischen Zweck der Betrieb erreichen soll, das „Was" der Arbeit. Hierüber hat auch der abgesetzte Unternehmer die alleinige Entscheidung.

Die Möglichkeit, einem FdB die Befähigung zur Leitung eines Betriebes abzuerkennen, ergreift alle Fälle, in denen nach § 3 ein FdB besteht oder bestellt ist.

b) Der Unternehmer als juristische Person.

Hier ist zuerst von den sog. „gesetzlichen Vertretern" juristischer Personen zu sprechen. Dietz legt dar,[73] daß eine juristische Person nicht Führer eines Betriebes sein könne, weil Führertum persönliche Verantwortung voraussetze und weil die juristische Person nicht der Betriebsgemeinschaft zugehören könne. An ihrer Stelle müßten ihre persönlichen Repräsentanten Führer sein.[74] Es ist richtig, daß die juristische Person als gedankliche Abstraktion angesehen nicht Führer sein kann.[74a] Die Ausführungen Dietz' gehen m. E. bei der Begründung von einer schiefen Auffassung des § 3/I AOG aus. Wie in allen Kommentaren und auch von Dietz selbst a.a.O. zugegeben wird, ist der Ausdruck „gesetzlicher Vertreter" in § 3/I kein terminus technicus, gemeint sollen „die gesetzlichen Repräsentanten sein, die nach dem Gesetz, der Satzung zur Willensbildung der juristischen Person berufen sind."[75] Hinzuzusetzen wäre, die Repräsentanten, die als Willensträger und -bild-

70) AOG, S. 16.
71) Führer und Gefolgschaft, S. 20.
72) Anm. 4 g zu § 1 AOG.
73) in DAR 1934/101 ff.
74) Ebenso Mansfeld-Pohl-Krause § 3 Anm. 2 a. Hueck-Nipperdey-Dietz Anm. 1 zu § 3.
74a) Vgl. Mansfeld-Pohl-Krause Anm. 2 a zu § 3.
75) Mansfeld-Pohl-Krause, a.a.O.

ner nach außen berufen sind.[76] Der Ausdruck „gesetzliche Vertreter" ist offenbar genau so aufzufassen wie in § 26 BGB, wo der Vereinsvorstand die „Stellung" eines gesetzlichen Vertreters hat. Er ist aber nicht Stellvertreter im Sinn des § 164 BGB, sondern Organ der juristischen Person. „Der Begriff des Organs im Gebiet der körperschaftlichen Willensorganisation ist ein Rechtsbegriff, der im sonstigen Recht kein Vorbild hat. Er hat spezifisch juristischen Gehalt und gleicht nur sich selbst." [77] In seiner Tätigkeit für die juristische Person wird das Organ nicht für ein von ihr zu unterscheidendes Rechtssubjekt wirksam, wie der gewöhnliche Stellvertreter oder der gesetzliche Vertreter eines Unmündigen; im Handeln des Organs wird vielmehr die juristische Person unmittelbar selbst tätig.[78] Dieser Hinweis zeigt die schiefe Begründung, die Dietz a.a.O. gibt. Eine juristische Person ist als Abstraktion betrachtet auf allen Gebieten handlungsunfähig, nicht nur als FdB. Sie kann aber als reale Verbandsperson angesehen, durch ihre Organe, die irgendwie aus physischen Personen bestehen müssen, handeln. Diese handeln aber nicht „an ihrer Stelle", sondern ihre Tätigkeit ist von der der juristischen Person nicht zu unterscheiden, sie ist deren Tätigkeit. Den Organen der juristischen Person ist nach § 3/I AOG als solchen auch die Betriebsführerfunktion übertragen.[79] Er müßte gelesen werden: Die juristischen Personen üben die Befugnisse des FdB durch ihre Organe aus. Diese sind deshalb Betriebsführer, weil sie als Organe der juristischen Person auch ihre Willensbildner und Willensträger auf allen anderen Gebieten sind.[80] Sie sind „geborene" Führer im Sinn des § 1 AOG. Ihre Stellung bedeutet daher keine Ausnahme von der Regel, daß der Unternehmer als solcher Betriebsführer ist, sondern eine Bestätigung. Darauf hinzuweisen erschien notwendig, weil in der Rechtsprechung [81] bei einer juristischen Person ein Auseinanderfallen von Unternehmereigenschaft und Führertum angenommen wurde.

Aus der Organtheorie ergibt sich, daß die Aberkennung der Fähigkeit, Führer des Betriebs zu sein bei verfassungsmäßigen Or-

76) Nicht hierher gehören z. B. die Hauptversammlung einer AG. oder die Gesellschafterversammlung der GmbH.

77) Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 614 ff.

78) Vgl. Staudinger, Allg. Teil des BGB. 1936/37, Vorbem. 8 c zu § 164.

79) A. M. Pech, DAR 1936/148.

80) Vgl. Mansfeld, Anm. 2 a zu § 3. Vgl. amtliche Verlautbarung d. Reichsarb.-Min. I Pr 311/34 v. 20. 3. 34: Bei juristischen Personen sind nach dem AOG die gesetzlichen Vertreter Führer des Betriebs, weil das Gesetz die Führereigenschaft aus der Unternehmerfunktion ableitet.

81) Arb.R.S. Bd. 27/II 99.

ganen einer juristischen Person nicht nur auf die Träger der Organstellung als physische Personen zurückwirkt, sondern auf das Organ und damit auf die juristische Person selbst. Zwar geschieht das nicht in dem Sinn, daß die juristische Person als Unternehmerin nun keinen Betrieb mehr unterhalten könnte. Die Einwirkung geht aber dahin, daß sie ihn nicht mehr durch dieses Organ führen kann. Es ist hier von der Regelung auszugehen, die nach dem Erlaß des Reichsarbeitsministers vom 1. 3. 34 (RABl. 1934 I 62) für den Fall gelten soll, daß ein „gesetzlicher Vertreter" einer juristischen Person an der Führung des Betriebes nicht teil hat. Besteht das Organ nur aus einer Person und kommt dieses als alleiniger Willensbildner in Betracht, so ist es vom Führeramt ausgeschlossen, wenn die Person nicht im Betrieb mitarbeitet. Besteht das betreffende Organ aus mehreren Personen, die alle einzeln vertretungsberechtigt sind, so kann nur die im Einzelfall nicht leitende Person die Obliegenheiten des FdB nicht ausüben. Liegt dagegen Gesamtvertretung durch mehrere Personen vor, dann verliert das ganze Organ die Führerfunktion, auch wenn nur ein Mitglied desselben nicht im Betrieb mitarbeitet. Dasselbe muß gelten, wenn den betreffenden Mitgliedern des Vorstandes oder dergl. die Führerbefähigung abgesprochen ist. Ist die einzige physische Person des Vorstandes zur Strafe des § 38 Ziff. 4 verurteilt, so ist sie als Vorstand nicht mehr Betriebsführer. Bei mehreren Einzelvertretungsberechtigten ist nu. der jeweils Betroffene nicht mehr Führer. Bei Gesamtvertretung ist der gesamte Vorstand nicht mehr Führer, wenn auch nur einem Mitglied die Befähigung aberkannt ist. In der Praxis wird wohl im Regelfall ein Mitglied eines Organs, dem die Führerbefähigung aberkannt ist, von der juristischen Person selbst von seinem Amt abberufen werden. Möglich ist das wohl immer, weil die Aberkennung der Führerfähigkeit immer einen „wichtigen Grund" darstellt (wichtig im neuen Aktienrecht; vgl. § 77/III Akt.Ges.) Das nach Gesellschaftsrecht ordnungsgemäß neu gebildete Organ ist dann Führer des Betriebes nach § 3/I. Die Bestellung eines Führers nach § 3/III AOG kann dadurch vermieden werden. Diese Möglichkeit ergibt sich eben aus dem Wesen der juristischen Person, die ihre Willensträger und -bildner im Gegensatz zur natürlichen Person gänzlich verändern kann. Sie ändert aber nichts an der grundsätzlichen Ansicht, daß durch die Aberkennung nicht nur der physische Träger der Organstellung getroffen wird, sondern die juristische Person selbst. Sie muß zumindest ihre Organe umändern,

hat sie deren mehrere, so kann zumindest eines derselben die Führeraufgaben nicht mehr erfüllen. Entfernt nun z. B. eine A.-G. den abgesetzten Führer nicht als Organ und ist er ihr einziges Organ oder gehört er einem nur gesamtvertretungsberechtigten als Mitglied an, so wird die juristische Person als solche unfähig, ihren Betrieb zu leiten. Wird dann ein „anderer" Führer ‹§ 3/III› neben dem Organ bestellt, so ist er nicht Stellvertreter nach § 3/I AOG, sondern „bestellter" Führer nach § 3/III. Er übt die Leitung des Betriebes aus eigenem Recht und völlig frei von Anweisungen der juristischen Person aus. Er kann deshalb nicht Organ der juristischen Person sein, selbst wenn er bei einer A.-G. z. B. nicht vom alten Vorstand, sondern vom Aufsichtsrat oder der Hauptversammlung aufgestellt worden wäre. Auch im letzteren Fall ist sein Wille nicht der der juristischen Person, welcher ja durch das regelmäßige Organ gefaßt wird, sondern sein eigener. Hier tritt der Ausnahmecharakter der „Gewaltentrennung" zutage. Wird ein neuer Führer des Betriebes jedoch nicht nur neben dem alten Organ aufgestellt, sondern wird ihm auch die Einzelvertretungsbefugnis im bürgerlichen Rechtsverkehr zugestanden ‹wenn auch neben dem alten Vorstand!›, so ist er Führer des Betriebs nach § 3/I, nicht nach § 3/III, denn nun ist die „Unternehmerfunktion" mit der „Betriebsführerfunktion" wieder in einer Hand vereinigt.

Dasselbe Verhältnis wie bei einer juristischen Person bezüglich ihres Organs besteht auch bei den Personengesamtheiten, die nicht rechtsfähig sind, bezüglich ihrer „gesetzlichen Vertreter". Auch bei ihnen liegen Betriebsführereigenschaft und bürgerlich-rechtliche Vertretungsmacht im Normalfall in einer Hand. Dabei sind alle Gesellschafter Führer, die nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretungsbefugnis ‹z. B. nach § 125 HGB› ausgeschlossen sind. Der Ausschluß von der Geschäftsführerbefugnis ‹nach § 114 HGB› genügt nicht, ihnen das Führeramt nach § 3/I AOG zu nehmen, weil der Betreffende nicht an der Vertretungsbefugnis nach außen gehindert ist. Hier wird aber meistens der Fall des § 3/II 2.Halbsatz gegeben sein. Für den Fall der Aberkennung der Führerbefähigung gilt hier das gleiche wie bei den juristischen Personen.

Da die Möglichkeit bei juristischen Personen oder Personengesamtheiten ihre Organe auszuwechseln wohl die Lösung der Praxis sein wird, wenn den „gesetzlichen Vertretern" die Führerbefähigung aberkannt wird, hat die Möglichkeit der Bestellung eines Führers nach § 3/III AOG bei ihnen nur theoretische Bedeutung.

4. Die Rückwirkung der Aberkennung auf den Führerstellvertreter nach § 3/II AOG und den bestellten Führer nach § 3/III AOG.

Krageloh [82] nimmt an, einem FdB nach § 3/II könne die Führerbefähigung nicht aberkannt werden, für ihn sei die schwerste Strafe die Entfernung vom bisherigen Arbeitsplatz nach § 38 Ziff. 5 AOG. Diese Theorie ist wohl unhaltbar. Sie wird sonst nirgends vertreten und findet auch im Gesetz keine Stütze. Das AOG macht in seinen Bestimmungen keinen Unterschied zwischen geborenen, gekorenen und bestellten Führern. Seine Bestimmungen treffen auf alle drei gleichmäßig zu. Möglich ist die Aberkennung der Führerbefähigung also bei jedem wirklichen FdB im Sinn des AOG.[83] Zweifelhafter erscheint schon die Frage, ob gegen einen gekorenen Betriebsführer *statt* auf Aberkennung der Führereigenschaft nach § 38 Ziff. 4 auf Entfernung vom bisherigen Arbeitsplatz nach § 38 Ziff. 5 erkannt werden könne. Ein soziales Ehrengericht [84] bejahte diese Frage. Mit ihm stimmt Mansfeld [85] überein. Er nimmt an, die Strafe des § 38 Ziff. 5 könne gegen jeden Führer des Betriebs ausgesprochen werden, dessen Tätigkeit auf Dienstvertrag beruhe, der also in abhängiger Stellung sei. Sie könne nur solche Führer nicht treffen, die aus eigener Unternehmerstellung unmittelbar aus eigenem Recht und nicht mittelbar kraft vertraglich begründeter Dienststellung innerhalb des Unternehmens oder des Betriebs der Gefolgschaft vorständen. Nach dieser Ansicht müßte auch ein Vorstand einer A.-G., der ja gewöhnlich auf Dienstvertrag angestellt ist,[86] nach § 38 Ziff. 5 AOG von seinem Arbeitsplatz entfernt werden können. Der REGH vertritt demgegenüber die Meinung,[87] daß gegen einen Betriebsführer als schwerste Ehrenstrafe nur die Aberkennung der Führerbefähigung, nicht die Entfernung vom Arbeitsplatz ausgesprochen werden könne.[88] Diese letztere Meinung scheint die richtigere zu sein. Das AOG stellt wohl die gemeinsame Arbeit von Führer und Gefolgschaft im Betrieb in den Mittelpunkt seiner Regelung. Es unterscheidet aber die „Idee" des Führers von der „Idee" der Gefolgschaft, es geht

82) NS.Soz Pol. 1935/36, S. 12.

83) Mansfeld-Pohl Anm. 2 zu § 1, JW 1934/1006, Hueck-Nipperdey-Dietz Anm. 2 zu § 54 und Anm. 16 zu § 38, Dersch, Anm. 6 zu § 38.

84) Vgl. ArbR.S. Bd. 22/II 177.

85) Anm. zu REGH in Arb.R.S. Bd. 23/I 74.

86) Vgl. auch den Aufsatz Derschs in DAR 1934/196.

87) Vgl. Arb.R.S. Bd. 23/II 74 und 25/I 174.

88) Ebenso Hetzell, DAR 1937/213 ff.

davon aus, daß die gemeinsame Arbeit in der Vereinigung zweier grundsätzlich verschiedener Kräfte besteht: dem Führertum als dem leitenden, der Gefolgschaft als dem tragenden Element. Auf das Führertum als Funktion im Betrieb können deshalb nur die dafür gegebenen Vorschriften angewandt werden, nicht die Vorschriften, die für die Gefolgschaft gegeben sind. § 38 Ziff. 5 ist aber eine typische Regelung für die Gefolgschaft. Da sie auf Führer, die diese Stellung kraft Unternehmertums bekleiden, auf keinen Fall anwendbar ist, würde man den einheitlichen Führerbegriff des AOG zerstören, wollte man sie auf die anderen Führer anwenden.

Die Wirkungen der Aberkennung sind hier die gleichen wie bei dem FdB, der diese Stellung als Unternehmer inne hat. Er kann der Gefolgschaft gegenüber keinerlei Rechte eines FdB mehr ausüben. Auf seinen Anstellungsvertrag mit dem Unternehmer hat die Aberkennung direkt keinen Einfluß. Möglich ist, daß sie einen wichtigen Grund zur fristlosen Entlassung abgibt. Der Verurteilte könnte aber im selben Betrieb sogar noch in leitender Stellung tätig sein und unter Umständen auch ein Anweisungsrecht ausüben. Nur stünde ihm dieses wie einer Aufsichtsperson nur als abgeleitetes insoweit zu, als es ihm der neue FdB erteilt. Wenn Hueck-Nipperdey-Dietz [89]) sagen, daß der Verurteilte auch nicht Vorgesetzter im Sinn des § 1 der 17. DV sein kann, so ist das dahin zu verstehen, daß er nicht Vorgesetzter des Betriebsführers sein und ihm keine Weisungen für die sozialpolitische Leitung des Betriebes erteilen kann. Vorgesetzter der Gefolgschaft kann er nach dem Wortlaut des Gesetzes bleiben, wenn das auch praktisch nur ausnahmsweise der Fall sein wird.

Auch bei einem nach § 3/III bestellten FdB sind die Wirkungen des Ehrengerichtsurteils der Gefolgschaft gegenüber keine anderen als in den vorhergehenden Fällen, soweit es Auswirkungen auf die Stellung gegenüber dem Unternehmer hat, ist darauf später bei der Erörterung des Rechtsverhältnisses zwischen den beiden zurückzukommen.

III. Beschränkungen der Aberkennung.

Das AOG enthält selbst keine Anordnung über den Umfang der Aberkennung der Betriebsführerfähigkeit. Es besteht aber im ganzen Schrifttum Einverständnis darüber, daß eine unbeschränkt ausgesprochene Aberkennung auf die Dauer unfähig macht, irgend-

89) AOG, 2. Aufl., Anm. 30 zu § 3.

einen Betrieb als Unternehmer, Führerstellvertreter oder bestellter Führer selbst zu leiten[90]). Die Aberkennung haftet an der Person des Verurteilten[91]). In der Praxis der sozialen Ehrengerichte ist nun mehrfach ausgesprochen worden, daß sowohl eine zeitliche, örtliche wie auch sachliche Beschränkung der Aberkennung der Fähigkeit, Führer eines Betriebs zu sein, im Urteil ausgesprochen werden könne[92]). Dieser Rechtsprechung widersetzt sich Hueck-Nipperdey-Dietz, Dersch und Dietz[93]). Zur Frage ihrer Berechtigung ist auf den bereits ausgeführten Zweck der Ehrengerichtsstrafe des § 38 Ziff. 4 zurückzukommen. Sie soll unbeschränkt nur gegen hoffnungslos asoziale Elemente verhängt werden, wo von einer Erziehung nicht mehr gesprochen werden kann.

1. Zeitliche Beschränkung der Aberkennung.

Die zeitliche Beschränkung der Aberkennung fügt sich dem Grundgedanken der sozialen Ehrenstrafen noch ein. Die Bedenken Kempermanns[94]) sind m. E. nicht begründet. Der Gegensatz sozial und asozial ist hier nicht so kontradiktorisch zu nehmen, wie es a. a. O. geschieht („entweder ist jemand sozial eingestellt oder er ist es nicht"). Schon allein aus der Tatsache, daß § 38 AOG vier Strafgrade bereit hält, die alle nur wegen unsozialen Verhaltens angewandt werden können, zeigt, daß das Gesetz den Bedürfnissen des täglichen Lebens entgegenkommt und einen Menschen nicht wegen eines einzelnen, leichten unsozialen Verhaltens gleich im strengsten Sinn als asozial bezeichnet. Wenn nun das Gericht den Angeklagten nach dem Tatbestand nicht für grundsätzlich unverbesserlich hält, eine Geldstrafe wegen der Schwere der Tat aber doch nicht mehr ausreicht, ist nicht einzusehen, warum nicht eine zeitliche Aberkennung gerechtfertigt sein soll. Sie bedeutet gegenüber der völligen Aberkennung ein „Weniger". Sie verbindet den Erziehungszweck der Ehrengerichtsstrafen mit dem Sicherungsgedanken. Sie gibt dem Angeklagten während der Zeit, in der ihm die Führerbefähigung aberkannt ist, Gelegenheit, das Unsoziale seiner Tat einzusehen, andererseits hält sie einen wenigstens zur Zeit schwer unsozialen FdB von der Gefolgschaft fern. Da der Unterschied

90) Mansfeld-Pohl-Krause, § 38 Anm. 4 d. Hueck-Nipperdey-Dietz, Anm. 16 zu § 38.

91) Mansfeld-Pohl-Krause a.a.O.

92) Arb.R.S. Bd. 25/I 172; 25/II 182; 23/II 241; 27/I 273; 23/II 176.

93) Hueck-Nipperdey-Dietz Anm. 16 zu § 38, (1. u. 2. Aufl.), Dersch AOG Anm. 6 b zu § 38, Dietz AOG, Anm. 2 zu § 38.

94) DAR 1936/175.

zwischen der Geldstrafe des § 38 Ziffer 3 und der Strafe des § 38 Ziff. 4 AOG sehr groß ist, empfiehlt sich aus praktischen Gründen, hier durch die Rechtsprechung noch eine Zwischenstufe einzuschieben. In diesem Sinn haben sich auch Mansfeld-Pohl-Krause[95] und Grussendorf[96] für die Zulässigkeit der zeitlichen Aberkennung ausgesprochen.

2. Oertliche Begrenzung der Aberkennung.

In der Entscheidung, in der er eine Begrenzung der Aberkennung auf einen bestimmten Betrieb aussprach, ging der REGH[97] davon aus, daß dem Angeklagten Gelegenheit geboten werden solle, sich in einem anderen Betrieb zu bewähren; es sei ihm in seiner beruflichen Vergangenheit wie auch bei der Erfüllung seiner allgemeinen Fürsorgepflicht für die Gefolgschaftsmitglieder des in Frage stehenden Betriebes ein unsoziales Verhalten nicht zur Last zu legen. Die Mißachtung der Ehre der Gefolgschaftsmitglieder sei bei besonderen Anlässen zutage getreten, die in den inneren besonderen Verhältnissen gerade dieses Betriebes begründet gewesen seien. Die Aberkennung ist offenbar ausgesprochen worden, weil sich Führer und Gefolgschaft nicht miteinander vertrugen, ohne daß das auf einer grundsätzlich unsozialen Einstellung des Angeklagten beruht hätte. Die Entfernung des Angeklagten aus diesem Betrieb mag nach den obwaltenden Umständen vielleicht im Interesse des Betriebes notwendig gewesen sein, sie ist hier aber eine reine Zweckmäßigkeitsmaßregel, die mit sozialem Verschulden nicht das geringste zu tun hat.[98] Sie würde im Arbeitsvertragsrecht etwa dem Rechtsinstitut der Kündigung aus wichtigem Grund entsprechen, die ja auch von einem Verschulden unabhängig ist. Der REGH hält es für zulässig, diese Zweckmäßigkeitsmaßregel im Weg der sozialen Ehrengerichtsbarkeit durchzuführen. Er hebt das in einer anderen Entscheidung[99] sogar besonders hervor, wo er ausspricht, „daß die Aberkennung auf einen bestimmten oder den bisherigen Betrieb beschränkt werden kann, wenn sie nach Sachlage zweckdienlich erscheint." Dieser letzten Entscheidung lag ein Fall zugrunde, in dem der verurteilte Betriebsführer (Betriebsführer nach

95) Anm. 4 d zu § 38.
96) AOG, S. 53.
97) ArbR.S. Bd. 23/I 241.
98) Vgl. Anm. Mansfeld dazu: „Es entsteht das anschauliche Bild eines grundsätzlich sozial eingestellten, gerecht denkenden und für das Wohl seiner Gefolgschaft besorgten Betriebsleiters."
99) Arb.R.S. Bd. 27/I 273.

§ 3/II AOG) den fraglichen Betrieb schon vor der Aburteilung verlassen hatte und in einem anderen Betrieb Führer geworden war. Dort wollte man ihm Gelegenheit zur Besserung geben und ihm nur den Rückweg in den alten Betrieb abschneiden. Ob ein solcher nach Lage des Falles überhaupt praktisch in Frage gekommen wäre, ist nicht festzustellen.

Die Rechtsprechung des REGH in diesen beiden Fällen scheint mit den oben angeführten Grundsätzen über Sinn und Zweck der sozialen Ehrenstrafen nicht mehr recht vereinbar. Ein Betriebsführer, der die Ehre seiner Gefolgschaftsmitglieder nicht aus unsozialer Gesinnung kränkt, fällt überhaupt nicht unter die soziale Ehrengerichtsbarkeit, sondern unter die Strafgerichtsbarkeit. Daß die vertrauensvolle Zusammenarbeit im Betrieb hier nicht erreicht wurde, ist nicht auf die Gesinnung des Betriebsführers zurückzuführen, sondern auf besondere Umstände des Betriebes. Er hat gegen die innere Ordnung des Betriebes überhaupt nicht schuldhaft verstoßen. Der Erziehungszweck der Ehrenstrafe ist hier überflüssig, weil der Führer des Betriebes gar nicht unsozial war (vgl. Tatbestand).

Im zweiten Fall ist die asoziale Grundhaltung des Angeklagten tatbestandlich festgestellt worden. Sie erschien auch so schwerwiegend, daß gradmäßig eine Geldstrafe nicht angebracht erschien. Jedoch hielt man den Angeklagten für besserungsfähig. Deshalb sollte bei der Strafe der Gesichtspunkt der Erziehung eine Rolle spielen, die unbeschränkte Aberkennung also nicht ausgesprochen werden. Es fragt sich nun, ob die örtliche ebenso wie die zeitliche Begrenzung der Aberkennung nach ihrem Inhalt noch Erziehungscharakter hat. Durch das unsoziale Verhalten lädt der Angeklagte einen Makel auf seine Person. Er nimmt sich seine soziale Ehre selbst. Durch die Ehrenstrafe wird dieser persönliche Makel f ü r a l l e — also auch für alle Betriebe — gekennzeichnet. Sie muß deshalb den Verurteilten auch allen Betrieben gegenüber in dasselbe Verhältnis setzen. Erst aus dem Gefühl heraus, daß er in keinem deutschen Betrieb mehr Führeraufgaben übernehmen kann, kann für einen Betriebsführer der Erziehungszweck der Strafe erreicht werden. Bei der zeitlichen Beschränkung der Aberkennung ist dieses Gefühl ohne weiteres vorhanden, dagegen nicht beim Ausschluß von der Führung nur eines einzelnen Betriebes. Indem es den Verurteilten nur zu einem bestimmten Betrieb in Beziehung setzt, verschiebt es den ganzen Charakter der Strafe. Hier kann dem Satz Kemper-

manns[100]) „Entweder ist jemand sozial oder er ist es nicht" zugestimmt werden. Wie er a. a. O. m. E. richtig ausführt, fließt die nur örtliche Aberkennung bei angestellten Führern sachlich mit der Strafe des § 38 Ziff. 5 zusammen. Daß diese gegen einen Führer des Betriebs unzulässig ist, hat REGH aber selbst ausgesprochen (vgl. oben Anm. 87 auf Seite 29). Die örtliche Begrenzung der Aberkennung hätte zudem für den Betriebsführer kraft Unternehmerstellung in der Praxis eine andere Wirkung als für den Führerstellvertreter, der durch Dienstvertrag angestellt ist. Der erstere ist mit seinem Betrieb durch andere Bindungen verbunden. Er könnte seinen e i g e n e n Betrieb nicht mehr leiten, während der Führerstellvertreter nur eine Stellung aufgeben müßte. Das spricht ebenfalls gegen die Zulässigkeit der örtlichen Begrenzung. Der Unterschied in der Wirkung ein und derselben Strafe gegen zwei Führer, der sich nur aus deren verschiedenen rechtlichen Stellung ergibt, erscheint unhaltbar[101]).

3. Sachliche Begrenzung der Aberkennung.

Das Problem der sachlichen Begrenzung der Aberkennung ist in der Praxis, soweit ersichtlich, nur bei der Entziehung der Berechtigung, Lehrlinge zu halten aufgetaucht und von zwei sozialen Ehrengerichten behandelt worden[102]). Das erste Urteil hat die Führerbefähigung mit der Begrenzung auf die Lehrlingshaltung abgesprochen, das zweite Urteil hat diese Maßregel den zuständigen Handwerksstellen überlassen. Die letztere Lösung erscheint einfach, bringt aber doch Schwierigkeiten wegen der Zuständigkeit. Nach § 61/III Handwerksverordnung vom 15. VI. 34 kann die Befugnis, Lehrlinge auszubilden, durch die Ehrengerichte des Handwerks bei schweren Verstößen gegen die Standesehre aberkannt werden. Nach § 77 ist dieses Verfahren jedoch unzulässig, wenn der Verstoß gegen die Standesehre gleichzeitig den Tatbestand des § 36 AOG erfüllt. Das wird praktisch fast immer der Fall sein. Spricht man den sozialen Ehrengerichten die Befugnis einer sachlichen Beschränkung der Aberkennung ab, so bleibt nur der Ausweg übrig, die Aberkennung unbeschränkt auszusprechen. Eine Aberkennung nur der Lehrlingshaltung im Ehrengerichtsverfahren sowohl der sozialen Ehrengerichte wie der Standesehrengerichte wäre dann unmöglich.

100) DAR 1936/175.
101) A. M. Hetzell, DAR 37/213 ff.
102) Arb. R. S. Bd. 23/II 176; 23/II 187.

Nun gibt es noch eine hievon verschiedene Befugnis zur Aberkennung der Lehrlingshaltung aus § 126a der Gew.O. Sie ist durch § 96/III HandwerksVO. ebenfalls den Ehrengerichten des Handwerks übertragen, soweit die betreffenden Handwerker in die Handwerksrolle eingetragen sind. Dieses Verfahren ist jedoch kein ordentliches handwerkliches Ehrengerichtsverfahren (Disziplinarverfahren) sondern ein reines Verwaltungsverfahren, das aus Zweckmäßigkeitsgründen den Standesehrengerichten des Handwerks übertragen ist. Es wird deshalb durch § 77 HandwerksVO. auch nicht ausgeschlossen[103]). Es setzt nicht einmal Verschulden voraus (§ 126a II GewO). Soweit Handwerker in die Handwerksrolle nicht eingetragen sind, bleibt für diese Maßregel die allgemeine untere Verwaltungsbehörde zuständig (§ 126a III GewO; § 96 III HandwVO).

Eine Entziehung der Lehrlingshaltung im Weg der echten Ehrengerichtsbarkeit kann somit in Handwerksbetrieben nicht stattfinden, wenn man nicht den sozialen Ehrengerichten die Befugnis der sachlichen Begrenzung der Aberkennung der Führerfähigkeit zugesteht. Trotzdem wird man diese Folgerung nicht ziehen können. Hält man das Urteil Arb.R.S. Bd. 23/II 176 nämlich für richtig,[104]) dann kann man logisch auch alle anderen Befugnisse des FdB einzeln aberkennen lassen. Mansfeld schlägt in Anm. zu dieser Entscheidung vor, die Aberkennung auf die Fähigkeit Jugendliche zu beschäftigen zu beschränken. Mit demselben Recht könnte man bei entsprechenden Verstößen z. B. verbieten, Frauen zu beschäftigen. Aus diesen Gesichtspunkten heraus erscheint das Urteil als Fehlurteil; es würde in seinen praktischen Konsequenzen zu einer Aufteilung der Führerbefugnis führen, die mit deren Natur unvereinbar ist.[105])

4. Persönliche Begrenzung der Aberkennung.

Nach dem Tatbestand der beiden zuletzt besprochenen Urteile hatten die betreffenden Angeklagten im Zeitpunkt der Tat überhaupt nur Lehrlinge beschäftigt. Das Urteil Arb.R.S. Bd. 23/II 176 hat die Betriebsführerbefugnis nur deshalb teilweise entzogen, weil es zu einer weitergehenden Maßnahme infolge des Fehlens

103) Vgl. Krause, DAR 1935/150; Mansfeld, Anm. z. Arb. R. S. 23/II 187.

104) Aus praktischen Gründen bejahend Hetzell, DAR 1937/213 ff.

105) Z. B. könnte der Unternehmer, dem die Führerbefähigung über Frauen aberkannt ist, eine BO für seine andere Gefolgschaft erlassen, die für die Frauen müßte er dem Führer des Betriebs nach § 3/III überlassen! Es bestünde auch kein Hindernis, ihm z. B. überhaupt nur die Befugnis zum Erlaß einer Betriebsordnung, oder zur Regelung bestimmter Dinge in ihr abzuerkennen.

anderer Arbeitskräfte keinen Anlaß fand. Das Urteil Arb.R.S. Bd. 23/II 187 hat dann aus denselben Gesichtspunkten die Aberkennung der Betriebsführereigenschaft überhaupt abgelehnt. Das zeigt, daß sich beide Gerichte mit dem Problem der sachlich begrenzten Aberkennung im Zusammenhang damit beschäftigt haben, inwieweit Führerbefugnisse aberkannt werden können, die der Betreffende im Augenblick der Tat bezw. Aberkennung garnicht ausübt.

Die Vermischung dieser jetzt zu behandelnden Frage mit dem Problem der sachlichen Begrenzung der Aberkennung erscheint nicht angebracht. In beiden Fällen ist der betreffende Handwerksmeister durch die Beschäftigung auch nur eines Lehrlings Betriebsführer im Sinn des AOG geworden, mit sämtlichen Rechten und Pflichten eines solchen. Diese Stellung konnte ihm nur im ganzen genommen werden, gleichgültig, wen er im Einzelfall beschäftigt hat.

Etwas anderes ist es, ob die Führerbefähigung auch aberkannt werden kann, wenn der Betreffende irgendwelche Befugnisse eines solchen zur Zeit des Urteils überhaupt nicht ausübt. Mansfeld[106] ist der Meinung, daß die Aberkennung der Fähigkeit, Führer eines Betriebs zu sein, nur ausgesprochen werden könne, wenn der Betreffende dieses Amt tatsächlich ausübe. Hueck-Nipperdey-Dietz[107] und Dersch[108] sind dagegen der Meinung, daß der Angeklagte die Befugnisse eines Betriebsführers im Zeitpunkt der Tat bezw. des Urteils nicht ausüben müsse, um § 38 Ziff. 4 auf ihn anwenden zu können. Die Strafe des § 38 Ziff. 4 wendet sich unleugbar zunächst einmal gegen wirkliche Betriebsführer, die ihre Machtstellung zur Ausnützung der Arbeitskraft oder zur Kränkung der Ehre ihrer Gefolgschaft mißbraucht und damit gegen den typischen Tatbestand des § 36 Ziff. 1 verstoßen haben. Sie richtet sich grundsätzlich nach der Art und Weise, wie die asoziale Gesinnung in Erscheinung getreten ist.[109] Sie wird in der Praxis auch bei den anderen Tatbeständen des § 36 nur verhängt werden, wenn aus dem Tatbestand eben auf eine gerade für einen Führer typische unsoziale Gesinnung geschlossen werden kann. Dazu ist es wohl notwendig, daß der Betreffende in einer ähnlichen Stellung wie ein Führer ist. Hueck-Nipperdey-Dietz haben deshalb recht, wenn sie auch einen Unternehmer, der sich durch einen stellvertretenden Betriebsführer vertreten läßt (§ 3/II AOG), unter die Personen rechnen, die unter

106) Anm. zu Arb. R. S. Bd. 23/II 80.
107) Anm. 16 zu § 38.
108) Dersch, AOG, S. 231.
109) Vergl. dazu auch Hetzell, DAR 1937/213.

§ 38 Ziff. 4 fallen. Ebenso kann sich niemand durch schnelle Aufgabe seines tatsächlich innegehabten Betriebsführeramtes der Verurteilung entziehen. Allgemein wird man sonst aber sagen müssen, daß unter § 38 Ziff. 4 nur die Personen fallen, die zur Zeit der Tat Betriebsführer sind oder die es nach den Umständen — insbesondere nach ihrer Berufsausbildung — in absehbarer Zeit werden können. Nur hier hat die Aberkennung einen praktischen Zweck. Bei einer untergeordneten Aufsichtsperson z. B., die nach der gewöhnlichen Lebenserfahrung nie oder nur ausnahmsweise in eine derartige Stellung kommen wird, würde die Verurteilung nach § 38 Ziff. 4 in der Luft hängen. Für entsprechend schwere Verstöße ist hier die Strafe des § 38 Ziff. 5 vorhanden, die ja nicht unbedingt zur gänzlichen Entfernung aus dem Betrieb, wohl aber zur Entfernung vom bisherigen Arbeitsplatz — vom Aufsichtsposten! — führen muß. Eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Betreffende in nächster Zeit das Amt eines FdB ausüben wird, muß also schon vorhanden sein, um in der Praxis den § 38 Ziff. 4 auf Personen anzuwenden, die nicht Betriebsführer sind oder unmittelbar vorher waren.

Dritter Teil.

Der nach § 3/III AOG bestellte Führer des Betriebs.

Vorbemerkuug.

Notwendigkeit der Bestellung bei führerlosem Betrieb.

Nach § 3/III AOG ist für den Betriebsführer, dem die Befähigung zu dieser Stellung rechtskräftig aberkannt ist, ein „anderer" Führer zu bestellen, wenn der Betrieb weitergeführt werden soll. Diese Vorschrift findet ihre Rechtfertigung darin, daß nach dem AOG jeder Betrieb einen Führer haben muß. Sie ist deshalb nicht anzuwenden, wenn der Betrieb durch die Aberkennung ausnahmsweise nicht führerlos wird. Beispiele dafür sind die schon in anderem Zusammenhang ⟨siehe oben S. 25 ff.⟩ besprochenen Fälle der juristischen Personen bezw. Personengesamtheit, bei denen mehrere „gesetzliche Vertreter" mit Einzelvertretungsbefugnis vorhanden sind und nur gegen einen die Aberkennung ausgesprochen ist. Wird ein Führerstellvertreter des § 3/II AOG zur Strafe des § 38 Ziff. 4 AOG verurteilt, so wird der Betrieb ebenfalls nicht im Sinn des § 3/III führerlos. Der Unternehmer hat hier zumindest die „potentielle" Führerbefugnis,[110]⟩ er muß nun seinen Betrieb entweder ⟨wieder⟩ selbst leiten oder einen anderen stellvertretenden Führer bestellen. Das ist aber wieder ein Führer nach § 3/II AOG, nicht ein „bestellter" nach § 3/III AOG. Gerade umgekehrt liegt der Fall, wenn dem nicht leitenden Unternehmer die „potentielle" Führerbefähigung aberkannt wird.[111]⟩ Dann braucht rein äußerlich nicht notwendig eine neue Person als Führer „in actu" aufgestellt werden, weil der bisherige Führerstellvertreter nun die rechtliche Stellung eines bestellten Führers einnehmen kann. In Wirklichkeit bedeutet aber dieser interne Wechsel der Befugnisse die Bestellung eines anderen Führers nach § 3/III AOG. Das tritt sofort hervor, wenn der bisherige Führerstellvertreter den Posten eines „bestellten" Führers nicht annimmt. Dann muß jemand anders aufgestellt werden, wenn der „abgemeierte" Unternehmer den Betrieb weiter erhalten will.

110⟩ Hueck-Nipperdey-Dietz, § 3 Anm. 10.
111⟩ Daß das möglich ist, vgl. oben S. 37.

Wenn einem Führer nach § 3/III AOG die Fähigkeit, Führer des Betriebes zu sein, aberkannt wird, wird der Betrieb führerlos, es ist ein anderer Führer nach § 3/III AOG zu bestellen.

Es ist nun auf die Rechtsfigur des bestellten Führers selbst einzugehen.

I. Zuständigkeit für die Bestellung.

Schon die erste Frage, wie ein solcher Führer nun eigentlich bestellt wird, von wem er ernannt wird, ist umstritten. Das Gesetz gibt darauf keine direkte Antwort. Es spricht in § 3/III AOG nur davon, daß ein anderer Führer zu bestellen ist. In § 54 AOG überträgt es dem Reichstreuhänder der Arbeit die Aufgabe, die Durchführung des ehrengerichtlichen Urteils zu überwachen.

Der Streit der Meinungen geht darum, ob der verurteilte Unternehmer selbst den neuen Führer des Betriebs zu bestellen habe oder der Reichstreuhänder der Arbeit.

1. Die Meinung, der Reichstreuhänder der Arbeit sei für die Bestellung allein zuständig.

Die Meinung, die den Reichstreuhänder ausschließlich für zuständig hält, gründet sich auf die Anschauung, das „Amt" des FdB sei grundsätzlich von der „Unternehmerfunktion" zu trennen[112] und besitze öffentlich-rechtlichen Charakter.[113] Das führt zu dem weiteren Ergebnis, daß der FdB kraft seiner öffentlich-rechtlichen Stellung seiner Gefolgschaft in einem öffentlich-rechtlichen Sinn übergeordnet sei und alle seine Befugnisse auf Grund hoheitlichen Rechts[114] ausübe. Weiter schließt diese Theorie, daß dann ein verurteilter Unternehmer, dem diese Befugnisse nicht mehr zustehen, sie auch nicht an den zu bestellenden Führer weitergeben, diesen nicht bestellen könne. Dazu sei er infolge seiner ehrengerichtlichen Verurteilung auch gar nicht mehr würdig. Den Führer könne vielmehr nur der Staat als oberster Träger aller hoheitlichen Befugnisse bestellen.[115] Zu dieser Ansicht von der öffentlich-rechtlichen Stellung des Betriebsführers hat insbesondere das ihm obliegende Recht,

112) Vgl. Joerges, Führer und Gefolgschaft, S. 20 und Arbeitsrecht und Volkstum, 34, Sp. 111.

113) Vgl. Huber, JW 1934/1019. Ebenso Huber, DJZ 35/207 u. Herschel, ArbR u. Volkst. 34/193

114) Vgl. Huber, Neue Grundbegriffe, S. 22.

115) Grussendorf, S. 18, 58.

die Betriebsordnung zu erlassen, geführt.[116] In ihrem Erlaß sieht man einen Rechtssetzungsakt, der dem FdB als Organ eines herrschaftlich organisierten öffentlich-rechtlichen Verbandes[117] zustehe. Ausgehend von der Vorstellung, daß allein der Staat Rechtssetzungsbefugnisse habe, kommt man dazu, dem FdB staatliche Befugnisse (wenn auch nicht als Beamten) ausüben zu lassen und ihn so in eine öffentlich-rechtliche Amtsstellung zu bringen. Die Betriebsordnung wird als autonome Satzung der Gemeinschaft „Betrieb" bezeichnet.

2. Die Meinung, der verurteilte Unternehmer sei für die Bestellung zuständig.

Richter hat sich[118] mit dieser Meinung auseinandergesetzt, er hat sie insbesondere von der deutschrechtlichen Lehre der genossenschaftlichen Rechtsbildung her beleuchtet. Er ist a.a.O. zu dem Ergebnis gekommen, daß die BO als autonome „Satzung" der Betriebsgemeinschaft im Sinne dieser Lehre nicht gelten könne, da die Betriebsgemeinschaft eine „herrschaftlich organisierte Genossenschaft" nur in einem neuen uneigentlichen Sinn sein könne, die BO bezeichnet er als die monokratisch gesetzte Ordnung für einen reinen Herrschaftsverband. Sie kommt nicht durch Zusammenwirken oder wenigstens unter der Mitwirkung der „Genossen" zustande, sondern durch einseitigen Akt des Führers. Richter erkennt aber an, daß die BO autonomes, objektives Recht enthalte, wenn auch nicht Satzungsrecht. Der Führer des Betriebs erläßt die BO als Betriebsgesetz autonom, d. h. nicht als Vertreter des Staates. Er leitet es nicht vom staatlichen Recht ab, sondern setzt es aus dem von ihm geführten Verband heraus unter Duldung und Anerkennung des Staates. Richter kommt anschließend auch dazu, die Frage der Oeffentlichrechtlichkeit dieser Rechtssetzung in Zweifel zu ziehen. Ihm dient dazu die Erwägung, daß der Staat, insbesondere der moderne Staat, mit der Zuerkennung der Oeffentlichrechtlichkeit an nichtstaatliche Gebilde — wie es der Betrieb unstreitig ist — sehr zurückhaltend sei und daß man aus dem Bestehen eines Ueber- bzw. Unterordnungsverhältnisses allein auf dessen öffentlich-rechtliche Natur nicht schließen könne. Er weist derartige Gebilde dem von Gierke bereits entwickelten Begriff des Sozialrechtes zu.

116) Vgl. Huber, JW. 1934/1017 ff.
117) Vgl. Dersch, DAR 1934/71.
118) DAR 35/312 ff.

Mit dieser Anschauung stimmt auch die Meinung Sieberts überein,[119] der dem § 2 AOG im Gegensatz zur herrschenden Meinung nicht nur öffentlich-rechtliche Bedeutung (Verpflichtungen des Unternehmers gegenüber dem Staat!) beimißt,[120] sondern diese Vorschrift als die alleinige privatrechtliche Grundlage des einzelnen Arbeitsverhältnisses ansieht. (Vgl. u. S. 50). Daß die Rechte und Pflichten aus diesem Einzelarbeitsverhältnis jedenfalls nicht öffentlich-rechtlicher Natur sind, sondern sich im Rahmen des sog. Privatrechtes bewegen, dürfte wohl anerkannt werden. Regelt § 2 das Ueberordnungsverhältnis der Gefolgschaft zum Führer daher in „privatrechtlichem" Sinn, so kann aus ihr nicht auf den öffentlich-rechtlichen Charakter der Führerstellung geschlossen werden. Der Unternehmer handelt im Normalfall als Führer des Betriebs gar nicht als öffentlich-rechtliches Organ des Staates, einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder einer öffentlich-rechtlichen herrschaftlichen Genossenschaft. Er handelt nicht in deren Namen und erfüllt nicht deren Aufgaben. Er erfüllt eigene Aufgaben und handelt in seinem privaten Bereich als Unternehmer (soweit sich der Gegensatz öffentliches Recht und Privatrecht im Arbeitsrecht überhaupt noch streng durchführen läßt). Sein Ueberordnungsverhältnis zur Gefolgschaft ist kein öffentlich-rechtliches, sondern ein privatrechtliches-sozialrechtliches. Es ist wesensmäßig dasselbe Ueberordnungsverhältnis, das zu dem oben erörterten Befehlsrecht im Sinn Nikisch' im alten Arbeitsrecht geführt hat.[121] Der Erlaß der BO ist nicht ein Akt staatlicher Hoheitsgewalt, sondern Ausfluß eigener Entscheidungsmacht des Unternehmers, die ihm der Staat verliehen hat, um ihm die Erfüllung seiner eigenen privaten Aufgaben nach den Grundsätzen zu ermöglichen, die der Staat im öffentlichen Interesse (im AOG) dafür aufgestellt hat.

Dieser Aufgabenkreis des FdB wird auch dadurch nicht zum öffentlich-rechtlichen Amt, daß Führerfunktion und Unternehmerfunktion im Fall des § 3/III auseinanderfallen. Er wird dadurch in seinem Wesenskern nicht berührt; die Aufgaben, Ziele und Mittel ändern sich nicht. Es wird daher auch der nach § 3/III bestellte FdB nicht öffentlich-rechtlicher Amtsträger. Zu vergleichen wäre seine Stellung etwa mit der eines Konkursverwalters oder Nachlaßverwalters. Diese wird als „Privatamt" [122] bezeichnet. Von

119) Vgl. Das Arbeitsverhältnis, S. 59.
120) Vgl. Näheres darüber unten S. 49/50 ff.
121) a. M. Höhn, S. 35.
122) Vgl. Jäger, Anm. 1 ff. zu § 78 KO.

neueren Aemtern dieser Art wäre vielleicht das des Treuhänders nach § 77 ff. Erbhofverfahrensordnung zu nennen. Dieser Treuhänder wird ebenfalls im öffentlichen Interesse in der Privatsphäre des Erbhofbauern tätig, ohne daß seine Handlungen deshalb den Charakter des öffentlichen Rechts gewännen.

Man kann nun dagegen einwenden, der Vergleich mit diesem Rechtsinstitute sei kein Beweis dafür, daß der FdB nicht vom Staat bestellt werde, da gerade die genannten Aemter vom Staat übertragen würden. Dort wird aber ganz bewußt in den wirtschaftlichen Bereich des Gemeinschuldners bezw. Erbhofbauern eingegriffen mit dem Ziel, die wirtschaftlichen Verhältnisse zu ordnen. Dieses Ziel verfolgt aber der „bestellte" FdB nicht, weil das AOG sich um die wirtschaftliche Seite des Betriebes, sein Fortbestehen nicht kümmert. Das ist ausschließlich Sache des verurteilten Unternehmers. Ob er sein Unternehmen und damit seinen Betrieb fortführen will, bleibt nach dem AOG ihm überlassen. Lediglich wenn er ihn fortführen will, muß nach § 3/III AOG ein anderer FdB bestellt werden. Von diesem anderen Führer des Betriebs verlangt der Staat nur, daß er die Führerbefähigung nicht verloren hat und kein Strohmann des Unternehmers ist. Einen FdB mit diesen negativen Voraussetzungen zu finden ist nicht schwierig. Es ist aber eine sehr schwierige Aufgabe, eine geeignete Führerperson zu finden, die sich in die wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten des betreffenden Betriebes einfindet. Hier kann man nicht den Nächstbesten nehmen. Die Auswahl kann hier eben doch am zutreffendsten der Unternehmer treffen, der selbst das größte Interesse an einer geeigneten Kraft hat. Würde der Staat den Führer bestellen, so müßte auch die Frage der Abberufung durch ihn geregelt sein. Man müßte dem verurteilten Unternehmer ein subjektives öffentliches Recht auf Abberufung des bestellten Führers zumindest für den Fall einräumen, daß er seinen Betrieb stillegen will. Andernfalls würde man ja in seinen wirtschaftlichen Machtbereich eingreifen. Da das Gesetz hierüber keinerlei Regelung trifft, ist schon aus diesem Grund die Bestellung des FdB durch den Treuhänder der Arbeit abzulehnen. Der Staat hat bloß ein negatives Interesse daran, daß bestimmte, ganz eng begrenzte Kreise nicht zum Führeramt gelangen, der Unternehmer hat aber ein sehr positives Interesse an einer bestimmten Person. So kann es der Staat ruhig dem Unternehmer überlassen, sich selbst einen geeigneten FdB zu suchen und zu bestellen, für seine eigenen Aufgaben

genügt die Ueberwachungsbefugnis nach § 54 AOG. Es ist daher von § 3/II AOG, wo der Unternehmer zur Bestellung des Führerstellvertreters ausdrücklich ermächtigt ist, im gleichen Sinn auf § 3/III zu schließen.[123])

Für diese Ansicht spricht auch die Tatsache, daß die Befugnisse des Treuhänders der Arbeit durch § 19 AOG erschöpfend geregelt[124]) sind. Unter ihnen befindet sich das Recht zur Bestellung eines „anderen" Führers nicht. Das AOG enthält auch keine Generalklausel, wie das frühere Treuhändergesetz vom 19. 5. 33 (§ 2/II). Daß diese Generalklausel auf das AOG nicht übernommen worden ist, läßt auf den Willen des Gesetzgebers zur Begrenzung der Zuständigkeit des Treuhänders schließen.

3. Die Meinung, der Treuhänder der Arbeit sei für die Bestellung hilfsweise zuständig, wenn sich der Unternehmer weigert, einen anderen Führer des Betriebs zu bestellen.

Höhn[125]) erkennt dieses Ergebnis ebenfalls an, er meint jedoch, für den Fall, daß sich der Unternehmer weigern sollte, einen anderen Führer zu bestellen, obwohl er den Betrieb weiterführen will, habe der Treuhänder der Arbeit im Interesse des Arbeitsfriedens (§ 19/I AOG) hilfsweise das Recht der Bestellung[126]). Reuß[127]) spricht davon, daß die Ueberwachung der Ausführung des ehrengerichtlichen Urteils nach § 54 AOG auch die Sicherung des Eintritts der gesetzlichen Folge des § 3/III AOG in sich schließe. Das kann aus § 54 nicht herausgelesen werden. Er gibt eben nur den Grundsatz der negativen Kontrolle wieder, wie er oben ausgeführt worden ist. Ein Bestellungsrecht des Treuhänders für den Fall der Weigerung kann daraus ebensowenig abgeleitet werden, wie ein allgemeines Genehmigungsrecht[128]).

Es ist hier wieder auf die grundlegende, begrifflich notwendige gegenseitige Verflechtung der Begriffe „Unternehmen" und „Be-

123) Im Ergebnis sind derselben Ansicht Mansfeld-Pohl-Krause, § 3 Anmerk. 4 b; Mansfeld in JW 34 1005; Hueck-Nipperdey-Dietz, Anm. 30 und 31 zu § 3; Dietz, AOG, Anm. 6 zu § 3; Dietz, DAR 34/102; Krönig, DAR 35/64; Reuß, DAR 35/224; Bodmann, Arbeitsrecht und Volkstum 34/221; Potthoff, WiSozR. 34/22; Krause, Arbeitsverfahren, S. 33; derselbe, DAR 34/214; Crone, S. 23 ff. REGH in Arb.R.S. Bd. 30/I 186.

124) Dersch AOG, § 19, Anm. 2; Hueck-Nipperdey-Dietz, 1. u. 2. Aufl., § 19 Anm. 1; Reuß DAR 35/224; Mansfeld-Pohl-Krause § 19 Anm. 1; a. M. Huber, DJZ 35/203; Nikisch AOG S. 28.

125) Die Vollstreckung und Folgen der soz. Ehrenstrafen des AOG, S. 44 ff.

126) Ebenso Dersch, AOG, Anm. 2c zu § 3; Crone S. 23, u. Reuß, a.a.O.

127) Reuß a.a.O.

128) Dietz, AOG 1936, Anm. 1 zu § 54; Rhode in DAR 35/155 ff.

trieb" im AOG zurückzugreifen. Mit der Rechtskraft des ehrengerichtlichen Urteils ist diese notwendige Verbindung zerrissen. Der Unternehmer kann fremde Arbeitskraft seinen wirtschaftlichen Zielen nicht mehr selbst nutzbar machen. Er kann insoweit auch seine „Unternehmerfunktion" nicht mehr selbst ausüben. Dazu braucht er den FdB nach § 3/III AOG. Das Gesetz gibt dem Unternehmer nur diese eine Möglichkeit, sein Unternehmen mit fremder Arbeitskraft fortzuführen. Will er sie nicht ergreifen, so bleibt ihm nur noch die andere, auch seine Unternehmertätigkeit im Rahmen des AOG einzustellen (durch Verkauf, Verpachtung oder durch Entlassung der Arbeiter). Eine öffentlich-rechtliche Pflicht zur Bestellung eines FdB nach § 3/III erwächst dem Unternehmer nicht aus dem Willen, den Betrieb trotz Verurteilung weiterzuführen. Die Bestellung ist umgekehrt eine Voraussetzung, den Willen zur Weiterführung rechtlich zu verwirklichen. Es kann daher auch nicht die Einsetzung eines FdB nach § 3/III als Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht von der öffentlichen Gewalt erzwungen werden[129]. Das AOG hat nicht die Aufgabe, den gesetzwidrigen Willen zur Weiterführung ohne FdB dahin zu korrigieren, daß es durch den Treuhänder einen Führer bestellen läßt. Es hat auch nicht die Aufgabe, das Fortbestehen des betreffenden Betriebes zu garantieren, denn das ist eine ausschließliche wirtschaftliche Angelegenheit, über die der Unternehmer zu entscheiden hat. Das AOG hat nur zu verhindern, daß der Unternehmer seinen einmal gefaßten Entschluß auf gesetzwidrige Weise durchführt; es hat ihm seinen gesetzwidrigen Willen dann im ganzen unmöglich zu machen. Ein verurteilter Unternehmer hat die Führerbefugnisse nicht mehr; er könnte sie sich nur noch unrechtmäßig anmaßen. Wenn ihn das Gesetz daran wirksam verhindert, zwingt es ihn ganz von selbst auf den anderen allein gesetzmäßigen Weg, auch seine Unternehmerstellung insoweit aufzugeben, als sie mit der Führerstellung notwendig verbunden ist. Das stimmt mit der Ansicht Dersch[130] überein, der Treuhänder habe die Führermaßnahmen des abgesetzten Führers aufzuheben, d. h. die tatsächlichen Anordnungen, die in den Aufgabenkreis des FdB fallen. Wirkliche Führerentscheidungen im Rechtssinn kann der „abgesetzte" Führer ja nicht mehr treffen. Weigert sich der Unternehmer hartnäckig, einen FdB zu bestellen, so kann das zur Folge haben, daß ihm der Fortbetrieb seines Unternehmens durch den Treuhänder tatsächlich unmöglich gemacht

129) A. M. Grussendorf, AOG, S. 16.
130) Anm. 1a zu § 54 AOG.

wird. Diese Konsequenz darf nicht gescheut werden. Sie hält sich ganz im Rahmen des AOG, nach dem es dem Unternehmer freigestellt ist, ob und wie er sein Unternehmen zugrunde richtet. Es ist deshalb die auch von Dersch a a.O vertretene Meinung abzulehnen, daß der Reichstreuhänder einen FdB zu bestellen habe, wenn sich der Unternehmer weigere. Diese Ansicht läßt sich aus dem Gesetz nicht direkt begründen. Sie muß mit Generalklauseln arbeiten und das Gesetz ⟨§ 19 AOG⟩ erweiternd auslegen.[131]⟩

Eine ganz andere Frage ist es natürlich, ob der Staat am Fortbestehen eines Betriebes aus Gründen der Arbeitsbeschaffung, der Rohstoffsicherung ⟨Vierjahresplan⟩ ein wirtschaftliches Interesse hat. Will er hier die Stillegung oder den Verkauf aus wirtschaftlichen Gründen verhindern, so muß er die freie Verfügungsbefugnis des Unternehmers auf Grund anderer Gesetze ausschließen.[132]⟩ Hier könnte z. B. im Rahmen des Vierjahresplans auch eine Anweisung im Einzelfall nach VO zur Durchführung des Vierjahresplans vom 18. 10. 36, § 19/II AOG an den Reichstreuhänder dahin ergehen, in einem bestimmten Betrieb einen FdB nach § 3/III zu bestellen. Man muß sich aber darüber klar sein, daß das ein Eingriff in den wirtschaftlichen Bereich des Unternehmers wäre, nicht in den sozialpolitischen. Ueber den Rahmen des AOG geht dieser auf alle Fälle hinaus.[133]⟩

II. Zwangsmittel, um die gesetzwidrige Fortführung des Betriebes ohne bestellten FdB zu verhindern.

Die Praxis[134]⟩ hat an Mitteln zur Verhinderung der Anmaßung der Führerbefugnisse bisher nur Anordnungen des Reichstreuhänders der Arbeit angewandt und gegen die hartnäckige Nichtbeachtung derselben erneut ehrengerichtliche Strafen nach § 36 Ziff. 3 ⟨Geldstrafen⟩ verhängt. Anerkannt ist, daß die Anordnungen des Treuhänders nach § 36 keine allgemeinen im Sinn des § 22 AOG sein brauchen, daß vielmehr alle Anordnungen im Zuständigkeitsbereich des Treuhänders auch für Einzelfälle hierher zu rechnen sind.[135]⟩ Das dagegen erhobene Bedenken,[136]⟩ daß der „abgemeierte" Unter-

131⟩ Vgl. Höhn, a.a.O., S. 47.
132⟩ z. B. Enteignungsgesetze.
133⟩ Vgl. Rhode DAR 35/176 a. E.
134⟩ Vgl. Arb.R.S. Bd. 27/II 193 und 30/I 186.
135⟩ Dersch, AOG, Anm. 9 c zu § 36; Mansfeld-Pohl-Krause, Anm. 3 c zu § 36; Hueck-Nipperdey-Dietz, Anm. 38 zu § 36.
136⟩ Vgl. Huber, DJZ 35/207.

nehmer der Betriebsgemeinschaft nicht mehr angehöre und daher auch der sozialen Ehrengerichtsbarkeit nicht mehr unterliege, ist nicht begründet. Der Kreis der von der sozialen Ehrengerichtsbarkeit erfaßten Personen geht über die Betriebsangehörigen im Sinn des 1. Abschnitts des AOG hinaus.[137] Das ergibt sich schon daraus, daß § 36 Ziff. 1 als ehrengerichtlich verantwortlich die Unternehmer neben den FdB und den Aufsichtspersonen ausdrücklich erwähnt. Es ist nicht einzusehen, warum diese Aufzählung nicht auch für die anderen Straftatbestände, die auf Unternehmer und FdB zugeschnitten sind, anzuwenden sein sollte, hier also auf § 36 Ziff. 3 AOG. Im Ergebnis kommt diese ehrengerichtliche Geldstrafe dem polizeilichen Zwangsgeld sehr nahe, weil sie wiederholt verhängt werden kann, wenn der Unternehmer wiederholten Anordnungen des Treuhänders nicht Folge leistet.[138]

Es wäre aber zu erwägen, ob sich der Treuhänder bei Erfüllung seiner Aufgabe nach § 54 AOG nicht auch noch anderer Mittel bedienen könnte. Es wäre daran zu denken, daß er in besonderen Fällen in den betreffenden Betrieb einen Kommissar einsetzen würde, der jede Führeranordnung des verurteilten Unternehmers im Betrieb zu verhindern hätte. Dieser Kommissar wäre nicht FdB, weil er nicht positiv, sondern rein negativ tätig würde. Seine Bestellung wäre auf § 54 AOG zu stützen, weil diese Vorschrift dem Treuhänder zur Erfüllung seiner Ueberwachungsbefugnis nicht eine erschöpfende Aufzählung der dazu zulässigen Mittel gibt. Unter Umständen könnte er gemäß § 25 AOG die Hilfe der Polizei oder anderer Stellen in Anspruch nehmen[139].

Wir kommen zu dem Ergebnis, daß der FdB nach § 3/III AOG innerhalb des Rahmens des AOG immer durch den „abgemeierten" Unternehmer und nie durch den Treuhänder zu bestimmen ist.

III. Das Rechtsverhältnis zwischen dem verurteilten Unternehmer und dem bestellten Führer des Betriebs.

1. Die Rechtsnatur des Bestellungsaktes.

Unbestritten ist, daß der FdB nach § 3/III sein Amt erst durch die Annahme der Bestellung erhält. Vertritt man die Anschauung, daß der Unternehmer den Führer im Rahmen seiner privatrechtlichen

137) Hueck-Nipperdey-Dietz, § 35, Anm. 1 und 2; Rhode, DAR 35/156; Mansfeld-Pohl-Krause, § 36 Anm. 2a; Grussendorf, AOG, S. 15.

138) Hueck-Nipperdey-Dietz, § 54 Anm. 2.

139) Vgl. Höhn, a.a.O., S. 46.

Befugnisse zu bestellen habe, so kommt die Bestellung durch einfache Willenseinigung der beiden zustande. Es gibt im Schrifttum nun eine Meinung, die diese Bestellung zum Führer durch Einigung der Beteiligten als eine Art „Bevollmächtigung" auffaßt, der allerdings meistens auch ein Kausalverhältnis (Dienstvertrag) zugrunde liege[140]). Sie folgert demgemäß, der FdB nach § 3/III könne in direkter oder entsprechender Anwendung des § 168 Satz 2 BGB vom Unternehmer bestellt und jederzeit wieder abberufen werden, unbeschadet eines etwa laufenden Kausalverhältnisses[141]). Dieser Meinung kann nicht zugestimmt werden. Bei ihr ist gar nicht unbestritten, ob die Bestellung eine privatrechtliche[142]) oder eine öffentlich-rechtliche[143]) Bevollmächtigung sei.

Der Begriff der Vollmacht setzt voraus, daß der Vollmachtgeber die Befugnisse, die er übertragen will, selbst besitzt. Er führt begriffsnotwendig weiter zum Begriff Stellvertretung. Dieser wird aber mit Recht für den FdB nach § 3/III AOG allgemein abgelehnt[144]). Die Folgerung Höhns,[145]) der Unternehmer dürfe, weil er auch im Fall des § 38 Ziff. 4 Unternehmer bleibe, jemand anders mit der Wahrnehmung der ihm abgenommenen Aufgaben betreuen, erweckt die Meinung, als könne er diesen Aufgabenkreis von sich aus übertragen. Das ist aber nicht richtig. Der FdB nach § 3/III hat wohl wesensmäßig dieselben Rechte und Pflichten wie im Normalfall der Unternehmer. Insofern kann man sagen, seine Rechte ergäben sich aus der Unternehmerfunktion. Diese Rechte überträgt aber nicht der abgemeierte Unternehmer durch die Bestellung, denn er besitzt sie ja gar nicht mehr. Er verzichtet nicht zugunsten eines anderen darauf. Wollte man das annehmen, so käme man auf Umwegen doch dazu, sich den Unternehmer seiner Führerrechte selbst entäußern zu lassen und die Natur des Ehrengerichtsurteils als Gestaltungsurteil zu leugnen.

Die Führerrechte des AOG besitzt der zu Bestellende vielmehr bereits kraft Gesetzes. Es ist hier genau von demselben Gesichtspunkt auszugehen, wie bei normalen Unternehmer. Auch ihm wird die Führerfunktion nie übertragen, er hat sie kraft Ge-

140) Vgl. Krönig, DAR 35/64; Rhode DAR 35/157; Reuß DAR 35/212; Höhn, a.a.O., S. 57.

141) Aehnlich wie ein Vorstandsmitglied einer A.-G. aus wichtigem Grund von diesem Posten abberufen werden kann, unbeschadet seiner sonstigen vertraglichen Ansprüche. § 75/III Aktiengesetz.

142) Krönig, a.a.O; Höhn, a.a.O., S. 37.

143) Reuß, a.a.O.

144) Z. B. Dietz, AOG 1936, Anm. 8 zu § 3.

145) Höhn, a.a.O., S. 32.

setzes, wenn er einen Betrieb eröffnet. Sie ruht gewissermaßen latent in jedem Menschen, der nicht ehrengerichtlich nach § 38 Ziff. 4 verurteilt ist. Dadurch, daß er in die Lage kommt, einen Betrieb zu führen, tritt die Fähigkeit, FdB zu sein nur nach außen hervor. Das trifft auf den bestellten Führer nach 3/III AOG genau so zu wie auf den geborenen. Die Führerfähigkeit ist mit seiner Person untrennbar verbunden. Als Analogie ist wieder der Hinweis auf die Stellung ‹nicht auf den Inhalt der Befugnisse und die Art der Bestellung eines Pflegers, Konkursverwalters oder Nachlaßverwalters gerechtfertigt. Sie üben ihre Befugnisse wie der FdB nach § 3 III AOG kraft eigenen Rechts für einen anderen aus. Diese beruhen nicht auf einem anderen vollmachtähnlichen Verhältnis zum Pflegling, Gemeinschuldner oder Erben, sondern auf dem Gesetz. Damit ist die Möglichkeit einer Art abstrakter Bevollmächtigung abgelehnt.

2. Die Bestellung als privatrechtlicher Vertrag.

Die Willenseinigung des verurteilten Unternehmers mit dem zu bestellenden FdB muß daher rechtlich anders subsumiert werden. Sie wird als Vertragsschluß aufzufassen sein, auf Grund dessen der zu bestellende FdB schuldrechtlich verpflichtet wird, seine Fähigkeit, Führer des Betriebs zu sein, im Betrieb des Unternehmers in dessen Interesse auszuüben. Dabei schließt die bereits hinlänglich umrissene Stellung des FdB nach § 3/III AOG das Bestehen eines Arbeitsvertrages zwischen ihm und dem Unternehmer begrifflich aus. Diesem ist das Merkmal der Abhängigkeit, der Unterordnung wesenseigen, das beim FdB gem. § 3/III AOG gerade ausgeschlossen sein muß. In dem Augenblick, in dem der Unternehmer irgendwelche Befehlsgewalt auf Grund Arbeitsvertrages, wenn auch nur gegenüber dem FdB ausüben könnte, würde er ja unmittelbar über fremde Arbeitskraft ‹die des Führers› verfügen. Er würde gewissermaßen mit dem FdB selbst einen „Betrieb" bilden. Unternehmer und FdB können innerhalb des Betriebsbereiches und damit innerhalb des AOG nur in einem Verhältnis stehen, das dem Unternehmer keine Befehlsgewalt verleiht. Auf dem Gebiet des Vertragsrechtes wird hauptsächlich der rein schuldrechtliche Dienstvertrag des BGB ohne Abhängigkeitsverhältnis[146]› in Frage kommen. Er liegt nur vor, wenn der Dienstverpflichtete nicht seine Arbeitskraft an sich zur Verfügung stellt, sondern wenn der Vertrag über eine von vorneherein bestimmte Einzelleistung geht, die er unter

146› Vgl. Kaskel-Dersch, a.a.O. S. 140.

eigener Verantwortung erbringt. Die selbstverantwortliche Leitung eines Betriebes aus eigenem Recht ohne Ueberordnungsverhältnis zum Unternehmer ist als solche Einzelleistung denkbar. Es ist hier sogar ein Anweisungsrecht des Unternehmers möglich, soweit es den ihm verbleibenden wirtschaftlichen Befugnissen entspricht ‹Stillegung, Verkleinerung, Vergrößerung, Aenderung des Betriebszwecks usw.› Dieses Anweisungsrecht ist mit dem Befehlsrecht des abhängigen Arbeitsvertrages aber nicht wesensgleich.[147]› Dieses entspringt allein der Ueberordnung, jenes stellt nur die nähere Bestimmung einer einzelnen schuldrechtlichen, von Anfang an inhaltlich festgelegten Leistung dar, die aus der Willenseinigung der gleichberechtigten Vertragspartner erwächst. Die Forderung des Schrifttums, daß der FdB eine an der Betriebsleitung verantwortlich beteiligte Person sein müsse, findet hier von selbst ihre Erledigung[148]›. Ebenso die Bedenken Crones[149]›, wonach ein FdB als Angestellter doch gewissen Weisungen des Unternehmers zu folgen habe. Die Rechte und Pflichten der beiden Vertragsteile ergeben sich aus den Vorschriften über den Dienstvertrag. Sie bieten hier keine Besonderheiten. Selbstverständlich ist, daß die Aberkennung der Führerbefähigung beim bestellten Führer des Betriebs einen wichtigen Grund zur Kündigung des Dienstvertrages bildet, weil ihm dadurch die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten unmöglich gemacht wird.

Eine entsprechende Anwendung des § 14/II AOG, wonach einem Vertrauensmann im allgemeinen nicht gekündigt werden kann, auf den FdB, wie sie Rhode[150]› anregt, ist nicht angängig, weil der der FdB nach der hier vertretenen Auffassung gar nicht in einem dem AOG unterliegenden Rechtsverhältnis zum Unternehmer steht.

Für den Fall, daß ein Betriebsangehöriger zum FdB bestellt wird, ergibt sich aus obiger Ansicht, daß damit sein bisheriger Arbeitsvertrag inhaltlich geändert ist und durch einen Dienstvertrag des BGB ersetzt wird. Umgekehrt gilt das gleiche, wenn er von seinem Führerposten abberufen wird. Ob er hier wieder in den Betrieb zurückkommen kann, richtet sich ganz nach dem Inhalt seines Vertrages, ist unter Umständen nach Treu und Glauben zu bejahen.

Möglich ist auch die Einreihung der Beziehungen zwischen Unternehmer und FdB unter die Vorschriften des Auftrages oder des Geschäftsbesorgungsvertrages.

147› Vgl. Nikisch, Anstellungsvertrag, S. 10 und 11 ff.

148› Vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz, Anm. 31 zu § 3. Mansfeld-Pohl-Krause, Anm. 4 b zu § 3, Rhode, DAR 35/156.

149› AOG, S. 24.

150› a.a.O.

Das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag, insbesondere der § 679 BGB wird von der Meinung, die eine Einsetzung des FdB auch ohne Einigung mit dem Unternehmer vertritt,[151] dazu verwandt, einen Lohnanspruch des FdB gegen den Unternehmer zu konstruieren. Nach der hier dargelegten Ansicht kommt dem Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag eine Rolle nur im Rahmen der obengenannten allgemeinen Grundsätze zu. Die Anwendbarkeit des § 679 BGB muß im Rahmen des AOG überhaupt in Abrede gestellt werden, weil eine im öffentlichen Interesse bestehende Pflicht des Unternehmers zur Bestellung eines FdB jedenfalls nach dem AOG nicht anerkannt werden kann. <vgl. oben S. 44>.

Abzulehnen ist auch der Standpunkt Frankes,[152] wonach die gegenseitigen Beziehungen zwischen Unternehmer und FdB als neuartiges „obligatorisches Vertragsverhältnis" konstruiert werden und etwaige Ansprüche des Unternehmers gegen den FdB analog §§ 1833, 1915 I BGB zu behandeln seien.

Alle diese Konstruktionsversuche finden im Gesetz keine Stütze.

3. Die Abgrenzung der Stellung des FdB und der des Unternehmers zur Gefolgschaft.

a) Die Auslegung des § 2 AOG durch Siebert und Mansfeld.

Das Verhältnis des FdB zur Gefolgschaft wird nach dem AOG in § 2 festgelegt. Er gibt dem Führer die alleinige Entscheidungsmacht in allen betrieblichen Angelegenheiten, die durch das AOG geregelt sind. § 2/I, 1 verpflichtet ihn dagegen, für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen. Die Gefolgschaft hat dem Führer die in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue zu halten <§ 2/II, 2>.

Um diesen § 2 ist ein grundsätzlicher Meinungskampf entbrannt. Es handelt sich dabei darum, ob § 2, insbesondere § 2/II in allen seinen Punkten unmittelbar auf das Rechtsverhältnis zwischen Führer und Gefolgschaft anzuwenden sei und dieses Rechtsverhältnis allein und erschöpfend gestaltet. Siebert[153] ist der Meinung, durch § 2 AOG sei das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer <im alten Sinn> grundsätzlich neu gestaltet, die frühere Konstruktion des schuldrechtlich bestimmten Arbeitsver-

151) Köpf, DAR 1936/308; Höhn, a.a.O., S. 49.
152) DAR 1935/172.
153) Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, 1935, S. 56, 100.

trages sei zugunsten eines personenrechtlich ausgerichteten Arbeitsverhältnisses abgelöst worden.

Es genügt hier, die Auswirkungen zu untersuchen, die sich aus der einen oder anderen Meinung für die Rechtsfigur des bestellten Führers ergeben können.

Siebert[154] geht von dem Gedanken der Betriebsgemeinschaft im AOG aus und betrachtet das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Gliedschaftsverhältnis, als „Teilhabe" an dieser Betriebsgemeinschaft. Es kommt allein durch die beiderseits gewollte ‹Einung› Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebsgemeinschaft zustande. Den Gedanken des Arbeitsvertrages auf schuldrechtlicher Grundlage lehnt Siebert ab, weil er begrifflich immer von der überwundenen Vorstellung von der abhängigen Arbeit als einer „Ware" ausgehe, die der Arbeitnehmer gegen Zahlung des Lohnes liefere. Die abhängige Arbeit sei aber von der Person nicht zu trennen, sie sei nicht „Ware", sondern „Entfaltung der Persönlichkeit selbst." Grundlage des Rechtsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer müßten daher die Grundsätze über die Stellung der Persönlichkeit in der Gemeinschaft sein. Diese Grundsätze erblickt Siebert für das Arbeitsrecht eben im § 2 AOG niedergelegt. Diese Vorschrift hat deshalb für ihn unmittelbare Geltung, sie umfaßt auch die ganze rechtliche Regelung des Arbeitsverhältnisses. Aus ihr ergeben sich dann die einzelnen Ansprüche der Gefolgschaft bezw. des Führers. Einen eigentlichen Arbeitsvertrag im alten Sinn gibt es daneben nicht mehr.[155] Siebert bezeichnet als „Arbeitsvertrag" einen Vorvertrag, der vor der Begründung des Arbeitsverhältnisses liegt und darauf geht, dieses zu begründen. Ist das durch die — wenn auch stufenweise erfolgende — Eingliederung[156] vollständig geschehen, dann ist dieser „Arbeitsvertrag" erfüllt. Das „Arbeitsverhältnis" selbst hat seinen Rechtsgrund nicht mehr in ihm, sondern in sich selbst.[157] Der „Arbeitsvertrag" in diesem Sinn ist also nicht mehr Gültigkeitserfordernis für das „Arbeitsverhältnis" er tritt überhaupt nur in den Ausnahmefällen auf, in denen Verabredungen über die Eingliederung in den Betrieb und diese selbst zeitlich weiter auseinanderfallen, trotzdem aber bereits Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien entstanden sind.

154) Vgl. im Nachfolgenden: Siebert, DAR 1937/14, 44 ff.

155) Vgl. Siebert, a.a.O., S. 100: § 2/II ist die Grundlage für alle Verpflichtungen zwischen den am Arbeitsverhältnis Beteiligten. Vgl. Arb.R.S. Bd.27, II94.

156) Siebert, DAR 37/45.

157) Siebert, DAR 1937/19.

Dieser Lehre vom Gliedschaftsverhältnis steht die Meinung gegenüber, die auch nach dem AOG die Grundlage der Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in einem, wenn auch besonders gestalteten Vertrag sieht, der im AOG nicht geregelt ist. Als Hauptvertreter dieser Meinung darf hier Mansfeld angesehen werden, dessen Aufsatz in DAR 1936/118 hier hauptsächlich angezogen werden soll.[158] Er stellt neben die Betriebsgemeinschaft, die er als sittliche Idee am liebsten überhaupt außerhalb der Rechtssphäre lassen will, das individuelle Verhältnis zwischen jedem einzelnen Gefolgschaftsmitglied und dem Führer. Dieses Einzelverhältnis wird nach ihm durch einen echten Vertrag begründet, der auf die Dauer seine Grundlage bleibt. Es ist nach Mansfeld die „engere Gemeinschaft", die in die weitere der Betriebsgemeinschaft „eingebettet ist." Die Vorschriften des § 2 AOG finden daher auf dieses Verhältnis nicht unmittelbar Anwendung, sie beeinflussen es erst über den Arbeitsvertrag. Dieser steht damit nicht nur neben, sondern sogar vor den Vorschriften des § 2 AOG. Sie „beherrschen" ihn im Ergebnis mehr oder weniger als Auslegungsvorschriften.[159]

Im Lichte dieser beiden heute im Vordergrund stehenden Anschauungen müssen im Folgenden die Beziehungen des bestellten Führers zur Gefolgschaft im einzelnen betrachtet werden.

b) Die Begründung und Beendigung der Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Gefolgschaft.

Stellt man mit Siebert bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses allein auf die beiderseits gewollte Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft ab, so kann sie m. E. nur zwischen dem tatsächlich amtierenden Führer, als der Spitze der Betriebsgemeinschaft und dem betreffenden Gefolgsmann stattfinden. Der verurteilte Unternehmer, der dem Betrieb nicht mehr als Spitze angehört (vgl. u. S. 53, 57/58), könnte die Einstellung von Arbeitern niemals selbst vollziehen. Er könnte mit dem Arbeitnehmer nur einen „Arbeitsvertrag" im Sinn Sieberts abschließen[159a]. Er könnte ihn aber nicht erfüllen, wenn der FdB die Eingliederung nicht vornimmt. Der betreffende Arbeiter hätte gegen den Unternehmer keinen Lohnanspruch, sondern einen schuldrechtlichen Ersatzanspruch aus nichterfülltem Vertrag nach den allgemeinen Vorschriften des BGB (sub-

158) Ebenso Nipperdey, Zeitschr. d. Ak. f. d. R. 35/911.
159) Vgl. Anm. Dersch zu RAG Arb.R.S. Bd. 29/I,368.
159a) Vgl. S. 51.

jektives Unvermögen). Ob diese Folgerung von Siebert gezogen wird, ist nicht ganz klar. Er spricht[160]) davon, daß beim Auseinanderklaffen von Unternehmer- und Führerstellung auf der einen Seite zwei „Parteien" des Arbeitsverhältnisses stünden. Die Ordnung der Zuständigkeiten zwischen ihnen sei nach § 3 AOG und nach allgemeinen Grundsätzen über Unternehmer und Betriebsführer zu bestimmen. Die allgemeinen Grundsätze über die Zuständigkeit des Unternehmers und des bestellten Führers lauten aber nach herrschender Lehre dahin, daß dem Unternehmer die wirtschaftliche Seite, dem FdB die sozialpolitische Seite der Betriebsführung gebührt. Zur wirtschaftlichen Seite rechnet die herrschende Lehre[161]) auch die Einstellung und Entlassung von Arbeitskräften. Sie stützt sich dabei auf § 20 AOG, der bei Betriebsstillegung oder Entlassung einer größeren Zahl von Arbeitern ausdrücklich dem Unternehmer, nicht dem Betriebsführer, eine Meldepflicht an den Reichstreuhänder der Arbeit auferlegt. Diese Meldepflicht nach § 20 AOG läßt m. E. nicht unbedingt darauf schließen, daß der abgemeierte Unternehmer auch im übrigen selbst an- und ausstelle. Zunächst ist bei der Wortfassung des § 20 sicherlich an den Normalfall gedacht, daß Unternehmer und Betriebsführer eins sind. Zum andern darf nicht übersehen werden, daß auch der verurteilte Unternehmer, solange er überhaupt noch Unternehmer ist, immer mit seinem Betrieb verbunden bleibt, wenn auch nicht als Führer. Er ist Betriebsinhaber. Das ergibt sich schon daraus, daß Unternehmen und Betrieb innerhalb des AOG begrifflich in unlöslicher Wechselbeziehung stehen. Entscheidet der Unternehmer also über die wirtschaftliche Zukunft des Betriebes als Ganzes und muß er deswegen dem Treuhänder Mitteilung machen, so hindert das nicht, daß die Durchführung dieses Entscheids, soweit menschliche Arbeitskraft in Frage steht, beim Führes des Betriebs steht. Wie sich Unternehmer und FdB unter sich einigen, ist eine andere Frage, die sich nach dem zwischen den beiden bestehenden Dienstvertrag entscheidet. (Darüber vgl. S. 48, 59,).

Zu der in seinem Betrieb beschäftigten menschlichen Arbeitskraft steht der Unternehmer nicht mehr in dem oben bezeichneten Gliedschaftsverhältnis, das nach Siebert das Wesen des Arbeitsverhältnisses ausmacht. Er steht nicht mehr in dem Ueberordnungsverhältnis des § 2/I AOG. Kann er sich seiner Gefolgschaft nicht mehr überordnen, dann kann er das einzelne Gefolgschaftsmitglied

160) DAR 37/45.
161) A.M. Franke, DAR 35/182.

auch nicht mehr in das Gliedschaftsverhältnis einordnen, denn das setzt die Ueberordnung begriffsmäßig voraus.

Nach der Ansicht Mansfelds beweist nun die Regelung des § 20 AOG, daß der „Arbeitsvertrag" durch § 2 AOG eben nicht allein und erschöpfend geregelt ist. Insbesondere wird hier geltend gemacht, das AOG befasse sich nicht mit der Regelung der Frage, wie das Rechtsverhältnis zwischen Unternehmer und Gefolgschaftsmitglied entstehe — es setze sein Bestehen in § 2 AOG voraus. Infolgedessen gehöre die Einstellung und Entlassung im Fall des § 3 AOG nicht zum Aufgabenkreis des FdB, sondern zu dem des Unternehmers[162]. ⟨Vgl. Mansfeld-Pohl-Krause Anm. 3a zu § 1, Seite 89 ff.⟩

Gegen diese Meinung kann man m. E. folgendes einwenden: Auch der Arbeitsvertrag im Sinn Mansfelds zielt in seinem Wesen auf die Schaffung eines Ueber- bzw. Unterordnungsverhältnisses zwischen dem, der sich der menschlichen Arbeitskraft für seine Zwecke bedienen will, und dem, der sie zur Verfügung stellen will. Sein Inhalt wird durch § 2 AOG zumindest „beherrscht". Die dort ausgesprochene Ueberordnung ist also Inhalt der Willenseinigung der Parteien. Rhode[163] unterscheidet vom Abschluß und der Beendigung des Arbeitsvertrages ⟨der dem abgemeierten Unternehmer zustehen soll⟩ den „tatsächlichen, aber rechtlich bedeutsamen Akt der Einordnung und Ausgliederung in den Betrieb", der dem Führer zustehen soll. Was ist aber die Einordnung und Ausgliederung in bezw. aus dem Betrieb anderes als die reale Erscheinungsform der Begründung bezw. Beendigung der Unterordnung unter den Willen desjenigen, der den Betrieb führt? Ein „tatsächliches" Element, das rechtlich bedeutsam ist, ist in Wirklichkeit eben kein rein tatsächliches Element mehr, das rechtlich beziehungslos wäre. Die Formulierung Rhodes ist ein Widerspruch in sich. Eine rechtlich bedeutsame Tatsache bestimmt notwendig das Wesen des Rechtsverhältnisses, für das es bedeutsam ist. D e Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft ist in Wirklichkeit das Zutagetreten der in der Willenseinigung enthaltenen Unterordnung. Sie ist kein tatsächliches Element, sondern gehört zum Wesen des abhängigen Arbeitsvertrages auch im Sinn Mansfelds. Denn auch dieser ist, wie ja bereits gesagt, kein reines Schuldverhältnis im Sinn des BGB, sondern auch nach Mans-

162⟩ Ebenso Dersch AOG, Anm. 2 zu § 3, Anm. 30 zu § 20; Reuß DAR 35/220; Rhode 35/175; Krönig DAR 35/64; Herschel DJZ 34/653; Grussendorf AOG S. 16; Mansfeld-Pohl-Krause Anm. 2 zu § 20.

163⟩ a.a.O.

feld ein personenrechtlich modifiziertes. Insofern gilt der Satz Sieberts,[164] die Einigung als rechtliches Element dürfe nicht einer tatsächlichen Eingliederung gegenüberstellt werden, auch für die Vertragstheorie.

Ist aber die Ein- bezw. Ausgliederung ein rechtlich wesentliches Element des Arbeitsvertrages, dessen Verwirklichung dem bestellten Führer des Betriebs zusteht, so kann der verurteilte Unternehmer den Arbeitsvertrag zumindest nicht allein abschließen bezw. lösen.

Nun muß man aber m. E. sagen, daß die Schaffung eines Ueberordnungsverhältnisses nicht nur ein wesentliches Element des Arbeitsvertrages ist, sondern das allein wesentliche. Es unterscheidet ihn vom Dienstvertrag des BGB und gibt ihm seinen charakteristischen Zug. Der Unternehmer, der den einzustellenden Arbeiter sich nicht mehr unterordnen kann, schließt eben mit ihm gar keinen Arbeitsvertrag bezw. er kann ihn nicht erfüllen. Man kann diese Folgerung auch nicht dadurch umgehen, daß man sagt, der Unternehmer begründe durch den Abschluß des Vertrages kein Unterordnungsverhältnis unter sich selbst, sondern unter den bestellten Führer des Betriebes. Die Möglichkeit, irgend jemanden dem Willen eines Dritten rechtlich bindend unterzuordnen, ist nur gegeben, wenn dieser Dritte damit einverstanden ist oder der Unterordnende seinerseits zu ihm in einem Ueberordnungsverhältnis steht, das ihm gestattet, in dessen Willensbereich einzugreifen. Daß der FdB nach § 3/III in seinem Amt nicht in einem Unterordnungsverhältnis zum Unternehmer stehen kann, ist bereits festgestellt. Will er einen Arbeiter also nicht ein- bezw. ausordnen, dann kann der Unternehmer seinen „Arbeitsvertrag" nicht erfüllen.

Es muß aus diesem Grund dem Unternehmer die Befugnis einzustellen bezw. zu entlassen mit einer unten noch zu erörternden Ausnahme überhaupt abgesprochen werden. Dieses Ergebnis fügt sich auch in die Stellung des bestellten Führers harmonisch ein. Ist er dem Staat dafür verantwortlich, daß der verurteilte Unternehmer fremde Arbeitskraft nicht mißbraucht, dann muß er auch die nötigen Einwirkungsmöglichkeiten haben. Es ist nun fast der typische Fall der Ausnutzung der Arbeitskraft, daß für eine bestimmte Arbeit zu wenig Kräfte herangezogen werden und dem Einzelnen zu viel zugemutet wird. Die Urteile der sozialen Ehrengerichte, die sich mit Ueberstundenarbeit zu befassen haben, sprechen hier eine deutliche Sprache. Will der abgemeierte Unternehmer hier sparen, so

164) Arbeitsverhältnis, S. 87.

muß dem FdB das Recht zustehen, dem Uebel durch Einstellungen bezw. Verhinderung von Entlassungen zu steuern. Will man dagegen einwenden, derartige Fälle rechtfertigten nicht das Eingreifen des FdB in jedem alltäglichen Fall, so ist dem folgendes entgegenzuhalten: Dem Unternehmer ist durch die ehrengerichtliche Verurteilung der Makel angeheftet, daß er ganz allgemein kein soziales Verständnis habe. Es ist gewissermaßen eine Vermutung gegen seine soziale Einstellung begründet worden Es muß deshalb auch allgemein, d. h. in jedem Einzelfall, kontrolliert werden, ob keine asoziale Handlung von ihm begangen wird. Diese negative Kontrolle geschieht dadurch, daß ein sozial ehrenhafter, selbständiger FdB die Verantwortung für die sozialpolitische Leitung des Betriebs auf sich nimmt. Das kann er aber nur, wenn er selbst bestimmen kann. Den Bedürfnissen der Praxis im alltäglichen Leben kann man dadurch entgegenkommen, daß man Rechtshandlungen des Unternehmers für gültig ansieht, wenn der FdB keinen Widerspruch einlegt. Sein Schweigen ist dann als Genehmigung aufzufassen.

Soweit die Kündigung in Frage steht, ist auch Molitor [165] der Meinung, daß die Bestellung zum Führer nach § 3/III AOG notwendig die Vollmacht (besser Ermächtigung!) zu allen sozialrechtlichen Handlungen enthalte, wozu er auch die Kündigung von Gefolgschaftsmitgliedern rechnet. Es ist kein Grund einzusehen, warum dieser Grundsatz nicht auch auf die Einstellung übertragen werden soll. Hueck-Nipperdey-Dietz stellen sich in der 2. Auflage 1937 ihres Kommentars [166] ebenfalls auf den Standpunkt, daß der FdB ein- und ausstellen könne. Daneben soll der Unternehmer aber einen Arbeitsvertrag abschließen können, den er nicht gegen den Willen des FdB erfüllen kann.

Nur für einen Fall wird man eine Ausnahme machen müssen: Wenn der Unternehmer seine Unternehmerstellung aufgeben und den Betrieb stillegen will. Hier kann er selbst die Kündigung aussprechen, denn hier handelt er nur im Rahmen der ihm verbliebenen wirtschaftlichen Befugnisse.[167] Ein Bedürfnis, hier den FdB einzuschalten, besteht nicht, weil dieser den Entschluß des Unternehmers ja ebenfalls ausführen müßte.

Ebenso können Kündigungen vonseiten der Gefolgschaftsmitglieder dem verurteilten Unternehmer gegenüber erfolgen. Er ist ihr „Vertrags"partner. Hier ist die Mitwirkung des FdB gar nicht

165) Vgl. Die Kündigung, S. 63.
166) Anm. 30 zu § 30 a.a.O.
167) Hueck-Nipperdey-Dietz, 2. Aufl., Anm. 15 zu § 35.

möglich, weil dieser Fall nicht in den Bereich seiner Zuständigkeit — Schutz der Arbeitskraft vor dem Unternehmer — fällt.

c) Die Ausübung des Direktionsrechtes.

Aus dem Begriff der „abhängigen Arbeit" entspringt auch das sogenannte Direktionsrecht des Unternehmers. Reuß[168] vertritt nun die Meinung, dieses Direktionsrecht ergäbe sich aus dem Arbeitsvertrag (im Sinn Mansfelds), nicht aus dem AOG. Es stehe deshalb entsprechend der oben dargelegten Schlußfolgerung auch im Fall des § 3/III AOG nicht dem FdB, sondern dem abgemeierten Unternehmer zu. Reuß lehnt die Ansicht Rhodes[169] ab, der annimmt, der bestellte Führer habe über alle Fragen der Ordnung im Betrieb zu entscheiden, die Arbeitsplätze und Zuständigkeiten zu verteilen, jedem zu sagen, was er zu tun und zu lassen, wem er zu folgen und wem er Anweisungen zu geben habe. Für Siebert ist diese Frage kein Problem, weil es für ihn Befugnisse des FdB neben denen des § 2 AOG nicht mehr gibt. Aber auch für die Vertragstheorie darf man m. E. diesen Unterschied nicht machen. Die Befugnisse aus dem Befehlsrecht (Direktionsrecht) haben ebenso wie die des § 2 AOG dieselbe wesensmäßige Quelle, nämlich das Ueberordnungsverhältnis des Arbeitgebers. Sie sind auch inhaltlich wesensgleich. Denn die äußere Ordnung des Betriebes, die der FdB in der BO festsetzen kann (§ 27/III AOG), ist zugleich eine Ordnung der Betriebsgemeinschaft, die zu regeln unstreitig dem Führer zusteht. Hueck-Nipperdey-Dietz[170] sagen, der Unternehmer könne das Direktionsrecht nur ausüben, wenn er seine Führerstellung nicht einem Stellvertreter übertragen habe. Erst recht muß das beim bestellten Führer gelten. Eine andere Auffassung würde zu einer sachlichen Aufspaltung der wesensmäßig dem FdB zustehenden Rechte führen, die nicht gerechtfertigt wäre. Reuß[171] bekämpft diese Ansicht, weil es auch einem verurteilten Unternehmer unbenommen bleiben müsse, innerhalb seines Betriebes einen Brief zu diktieren und dergl. Das ist nicht zu bestreiten. Nur besitzt der Unternehmer das hier zutage tretende Anordnungsrecht nicht mehr als sein eigenes, ursprüngliches. Er ist ja im Normalfall nicht nur als Führer mit seinem Betrieb verbunden, er ist

168) DAR 35/221.
169) DAR 35/175.
170) Anm. 4 zu § 2.
171) a a.O.

auch Betriebsinhaber. Diese Bindung bleibt ihm auch nach der Aberkennung.[172])

Der bestellte FdB ist auf Grund seines Dienstvertrages, die Gefolgschaft auf Grund ihres Arbeitsvertrages verpflichtet, den vom Unternehmer gesetzten Betriebszweck zu erstreben. Der bestellte Führer muß dem Unternehmer, soweit er für seine Ziele persönlich tätig wird, innerhalb des Betriebes Raum dafür geben, er muß ihm die nötigen Hilfskräfte zur Verfügung stellen und ihm ein Anordnungsrecht über sie einräumen. Das Wesentliche daran ist aber, daß dieses Anordnungsrecht nicht das ursprüngliche Befehlsrecht des Unternehmers, sondern ein vom Befehlsrecht des bestellten Führers abgeleitetes ist. Der FdB kann es im Fall des Mißbrauchs sofort und in jedem Einzelfall entziehen. Denn er hat nach § 2 AOG für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen, auch gegen den verurteilten Unternehmer.

Selbst wenn man annehmen wollte, § 2 AOG umfasse zumindest nicht die Befugnisse, die der Unternehmer kraft seiner Eigentümerstellung über die Betriebsmittel hat, wird man annehmen müssen, daß der Unternehmer auf Grund des Dienstvertrages verpflichtet ist, dem FdB die Erfüllung seiner Aufgaben dadurch möglich zu machen, daß er ihm alle dazu notwendigen Rechte verschafft, die dem FdB nicht schon an sich zustehen. Er wird ihm daher sein aus dem Eigentum an den Betriebsmitteln fließendes Anordnungsrecht ebenfalls zur Ausübung übertragen müssen (z. B. Verfügung über Werkzeuge u. dgl.).

d) Festsetzung und Vereinbarung der Arbeitsbedingungen.

Soweit das AOG den FdB zur Festsetzung der Arbeitsbedingungen im materiellen Sinn in der BO ermächtigt, steht die Befugnis ohne Zweifel dem bestellten Führer zu. Er kann, wenn er will, auch die Löhne festsetzen (§ 27/III AOG). Nun können Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhälnis aber auch durch Einzelvereinbarung besonders geregelt werden. Es ist das ebenfalls ein Punkt, an dem der Kampf um das Rechtsverhältnis zwischen Unternehmer und Arbeitnehmer ausgetragen wird.[173]) Wir brauchen uns hier aber damit nicht zu befassen. Wenn der bestellte Führer selbständig ein- und ausstellen kann, dann kann er

172) Vgl. Rhode, DAR 35/155, der von aktiver und passiver Zugehörigkeit zum Betrieb spricht.

173) Vgl. Siebert, Arbeitsverhältnis, S. 56.

auch selbständig die Bedingungen für das Arbeitsverhältnis im Weg der Einzelvereinbarung festsetzen, gleichgültig, ob sie nur ein Gestaltungsmittel des in sich selbst beruhenden Arbeitsverhältnisses oder der Inhalt des Arbeitsvertrages sind.[174])

IV. Der bestellte Führer des Betriebs als „Treuhänder der Arbeitskraft" im Betrieb.

Durch die hier entwickelte Ansicht werden die Fragen des Verhältnisses der Gefolgschaft zu Unternehmer und Führer in eine Ebene gestellt, in die sie nach ihrer Natur gehören, nämlich in die der Führung. Im Verhältnis zur Gefolgschaft dürfen nicht zwei Willensrichtungen gegeneinander arbeiten. Das widerspricht schon dem Autoritätsgrundsatz Ihr gegenüber kann nur ein Wille entscheiden und das muß der des FdB sein, dem sie untergeordnet ist. Für seine Entscheidungen ist dieser dem Unternehmer nach den Regeln des Dienstvertrages bezw. Auftrages verantwortlich.

Daß im Fall des § 3/III AOG der FdB die Einstellungen und Entlassungen vornimmt, die Bedingungen des Arbeitsverhältnisses vereinbart oder selbständig regelt, macht ihn nicht zum Vertragspartner der einzelnen Gefolgschaftsmitglieder. Der FdB wird in seinem Amt zwar im eigenen Namen, aber kraft Gesetzes für den verurteilten Unternehmer tätig. Dieser wird aus seinem Handlungen berechtigt und verpflichtet. Er kann diese Rechte und Pflichten nur nicht in eigener Person ausüben. Er bleibt aber Schuldner des Lohnanspruchs der Gefolgschaft, er bleibt auch passiv für die Kündigungswiderrufsklage des § 56 AOG und alle anderen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis legitimiert. Aehnlich wie ein Pflegling muß er lediglich dem FdB die Ausübung aller seiner Rechte überlassen. (§ 53 ZPO).

Der bestellte Führer des Betriebes nach § 3/III AOG ist nach dem Ausgeführten eine neuartige Rechtsfigur, die im geltenden Recht keine direkten Vorbilder hat. Das erklärt, daß sie nur in einzelnen Beziehungen mit dem einen oder anderen Rechsinstitut (z. B. dem des Pflegers, des Konkursverwalters oder Nachlaßverwalters) verglichen werden kann.

Allgemein könnte man das Wesen des bestellten Führers vielleicht dahin umreißen: Der bestellte Führer ist Treuhänder der im Betrieb des Unternehmers tätigen fremden menschlichen Arbeits-

174) Siebert, DAR 37, S. 49 ff.

kraft. Er hat dahin zu wirken, daß sie den wirtschaftlichen Zielen des Unternehmers nur in einer Art und Weise dienstbar gemacht wird, die den heutigen Anschauungen, insbesondere den Grundgedanken des AOG, nicht zuwiederlaufen. Er hat vor allem ihre böswillige Ausnützung zu verhüten. Dafür ist er nur dem Staat verantwortlich und muß zum Unternehmer deshalb in einem Verhältnis der Gleichberechtigung stehen.